



UNIVERSITÀ DI PISA  
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

Tesi di Laurea

**LA MATERNITÀ SURROGATA IN  
EUROPA**

Relatore

Chiar.mo Prof. Antonio M. Calamia

Candidata

Sara Mussi

ANNO ACCADEMICO 2014-2015

# **INDICE**

**pag.**

<b>Introduzione</b>	<b>6</b>
---------------------	----------

## **Capitolo I**

### **1. L'inquadramento della maternità surrogata in ambito europeo**

1.1. Definizioni	11
1.2. Il diritto alla procreazione nell'ordinamento italiano	14
1.3. Procreazione assistita ed entità di sesso dei richiedenti	18
1.4. Il divieto di fecondazione eterologa in Italia	20
1.5. Il diritto alla genitorialità in ambito europeo secondo l'orientamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	24

1.6. La normativa europea in tema di maternità surrogata	30
1.7. Obiezioni alla pratica della surrogazione di maternità	36

## **Capitolo II**

### **2. La surrogazione di maternità nella giurisprudenza europea**

2.1. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo	44
2.1.1. Le sentenze Mennesson e Labassee contro Francia	44
2.1.2. La sentenza Paradiso e Campanelli contro Italia	55
2.1.3. La sentenza D. e altri contro Belgio	59
2.2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia	64
2.2.1. Le sentenze C.D. contro S.T. e Z. contro A Government department and The Board of management of a community school	64

## **Capitolo III**

### **3. La normativa italiana in tema di maternità surrogata**

3.1. La maternità surrogata nella legge 40/2004	72
3.2. La maternità surrogata come ‘atto di disposizione del proprio corpo’	78
3.2.1. I limiti al potere di disporre del proprio corpo in relazione alla surrogazione di maternità	82
3.3. Quadro comparatistico della disciplina della surrogazione di maternità a livello europeo	85

## **Capitolo IV**

### **4. Il riferimento delle Corti europee al criterio del prevalente interesse del minore nell'attribuzione della genitorialità**

- |   |     |
|---|-----|
| 4.1. Il principio del <i>best interest of the child</i> | 93  |
| negli ordinamenti di common law                         |     |
| 4.2. Il prevalente interesse del minore come            | 101 |
| fondamento delle decisioni delle Corti italiane         |     |

## **Capitolo V**

### **5. I limiti posti al riconoscimento delle situazioni giuridiche derivanti da contratti di surrogazione di maternità conclusi all'estero**

- |   |     |
|---|-----|
| 5.1. L'integrazione del reato di 'alterazione | 111 |
| di stato' da parte delle coppie committenti   |     |

5.1.1. Il reato di ‘alterazione di stato’	111
e la contrarietà all’ordine pubblico	
dell’atto di nascita formatosi all’estero:	
la sentenza 15.10.2013 del Tribunale di Milano	
5.1.2. Un caso di perfezionamento del reato	117
di ‘alterazione di stato’ ex art.567 c.p.:	
la sentenza 26.11.2013 del Tribunale di Brescia	
5.1.3. Il richiamo della giurisprudenza di	123
Strasburgo compiuto dalla sentenza	
del Tribunale di Varese dell’8.10.14	
<b>Conclusioni</b>	130
<b>Bibliografia</b>	133

## **Introduzione**

Con riferimento alle nuove tecniche procreative, particolari problemi sono sorti dagli accordi di maternità per sostituzione che, seppur con difficoltà e resistenze, si sono diffusi nella realtà attuale.

In alcuni Paesi ancora vige un netto rifiuto nei confronti di questa pratica, in altri, come l'Inghilterra o gli USA, è divenuta una situazione facilmente attuabile grazie all'esistenza di molte agenzie che svolgono una funzione d'intermediazione.

La maternità surrogata consiste in un accordo mediante il quale una donna si impegna a portare a termine una gravidanza per conto di un'altra e a consegnare a quest'ultima il bambino, per spirito di solidarietà o per fini economici.

In realtà, la maternità surrogata non costituisce di per sé una tecnica di fecondazione assistita, ma il mezzo attraverso il quale vengono poste in essere tali tecniche; infatti, possono realizzarsi diverse ipotesi di surrogazione, una in cui la donna che porta a termine la gravidanza ha ricevuto l'ovulo fecondato della donna 'committente', un'altra ipotesi in cui l'ovulo appartiene ad una donna terza, ed infine l'ipotesi più problematica in cui l'ovulo

appartiene alla donna che porterà a termine la gestazione per conto di un'altra donna.

D'altra canto anche il seme maschile può essere fornito dal marito della donna 'committente', ma anche da un donatore terzo.

Come si evince, il riferimento a questa tecnica può portare alla 'partecipazione' al processo procreativo di un numero notevole di persone creando complicazioni di tipo biologico, sociale, etico e giuridico.

Si pensi ad un caso avvenuto in California, in cui una bambina è nata grazie al contributo di 5 persone: i due genitori committenti, la madre surrogata, il donatore di seme e la donatrice di ovuli<sup>1</sup>.

Per ovviare almeno in parte a queste problematiche molti sostenitori degli accordi di maternità ritengono che sia necessario il collegamento genetico con almeno uno dei genitori committenti,<sup>2</sup> non comprendendo l'esigenza di ricorrere a tale

---

<sup>1</sup> Re Buzzanca, *Superior Court California, Family Law Division*

<sup>2</sup> Sul tema NOTE, "Litigation, Legislation and Limelight: obstacles to Commercial Surrogate mother Arrangements"



tecnica per mettere al mondo un figlio che non abbia legami genetici con almeno un membro della coppia ‘committente’.

La pratica della *locatio ventris* ha in realtà origini antichissime, laddove veniva posta in essere mediante congiunzione carnale tra il marito della donna sterile e un'altra donna.

Come possiamo leggere nella Bibbia, Abramo e Giacobbe ebbero dei figli dalle loro schiave, poi cresciuti con le rispettive mogli Sara e Rachele.

Ovviamente in questi casi le madri ‘sostitute’ si trovarono in una condizione di schiavitù, mentre oggi si presuppone una libera scelta delle parti; anche Seneca e Plutarco narrano del fatto che nell'Antica Roma le mogli venissero cedute ad amici che avevano sposato donne non fertili per assicurargli una discendenza.

Oggi l'avversione verso tale pratica deriva soprattutto dall'utilizzo di tecniche mediche che aumentano il numero dei soggetti coinvolti e finiscono per rompere il brocardo “*mater semper certa est*” suddividendo la maternità tra più soggetti.

Dare rilevanza agli accordi di surrogazione significa non attribuire necessariamente la maternità alla donna che ha partorito, ma anche alla donna che ha determinato la nascita con la propria volontà.

In Europa le posizioni dei vari Stati non sono concordanti sulla legalità o meno di porre in essere tali accordi e molte coppie si recano negli Stati in cui è lecito ricorrere alla surrogazione di maternità.

Il problema che ci si pone è se esiste un diritto alla genitorialità in capo ad ogni individuo, tutelato e garantito con riferimento all'articolo 8 della CEDU che afferma 'il Diritto al rispetto della vita privata e familiare', diritto che deve essere garantito dagli Stati che possono intervenire nell'organizzazione della famiglia voluta dai coniugi e quindi, nelle loro decisioni di generare o meno figli, solo con lo scopo di tutelare un diritto fondamentale.

Al momento della formulazione della norma si faceva riferimento solo al concepimento derivante da un rapporto intimo e libero tra due individui, ma lo sviluppo di moderne tecniche riproduttive ha ampliato lo spettro di possibili situazioni su cui si sono trovate a decidere le Corti statali ed europee, giungendo spesso a soluzioni discordanti.

Nell'elaborato che segue sarà analizzata la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Giustizia con riguardo alla violazione dell'articolo 8 della CEDU in casi in cui è stato posto in essere un accordo di maternità surrogata in un Paese dell'Unione europea.

Sarà inoltre analizzata la giurisprudenza delle Corti europee ed italiane con riguardo alle problematiche correlate ai rapporti di surrogazione di maternità, come l'attribuzione del congedo lavorativo parentale alle madri committenti e l'attribuzione stessa della maternità alla madre biologica o committente.

# CAPITOLO I

## Inquadramento della maternità surrogata in ambito europeo

### 1.1 Definizioni

Il contratto di maternità surrogata consiste in un accordo in forza del quale “una donna, per soddisfare esigenze di maternità o paternità altrui, dietro corrispettivo, o a titolo gratuito, contrattualmente noleggia, con il richiesto consenso del marito, se sposata, il proprio corpo ad una coppia di coniugi impossibilitata ad avere figli per sterilità della partner, impegnandosi a farsi fecondare artificialmente con il seme del marito di quest’ultima, a condurre a termine la gravidanza, nel rispetto di determinate norme di comportamento, ed a consegnare alla predetta coppia di coniugi committente il figlio così concepito, rinunciando ad ogni diritto su di esso.”<sup>3</sup>

Questa definizione fa riferimento, quindi, a quel particolare rapporto che nasce tra(1) la donna sterile che, pur volendolo, è impossibilitata a procreare,(2) il marito di questa che desidera

---

<sup>3</sup> A.B.Faraoni, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*

una prole ma non può ottenerla a causa della sterilità della moglie e (3) una seconda donna che si impegna a portare avanti la gravidanza rispettando particolari garanzie stabilite nel contratto di surrogazione di maternità ed a consegnare il nascituro alla coppia cosiddetta “committente” senza avanzare alcuna pretesa su di esso.

Questa, in realtà, è solo una delle situazioni che può prospettarsi, dal momento in cui quando parliamo di maternità surrogata possiamo fare riferimento a tre diverse situazioni:<sup>4</sup>

1) Surrogazione di utero detta anche “utero in affitto”.

Questa rientra nel *genus* della fecondazione artificiale omologa, dato che gli embrioni impiantati nell’utero della madre surrogata vengono fecondati dagli spermatozoi del padre “committente” e gli ovociti della madre “committente” che è quindi anche madre biologica.

Ci si trova di fronte a questa situazione quando la madre “committente” ha ovaie funzionanti ma non è in grado per motivi clinici di portare avanti una gravidanza ed i figli nati mediante questa tecnica sono da considerarsi

---

<sup>4</sup>. A.B.Faraoni, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002, p.21

biologicamente, geneticamente figli della coppia committente.

## 2) Surrogazione di ovocita e di utero.

In questo caso siamo di fronte ad un'ipotesi di fecondazione artificiale eterologa, dato che gli embrioni, dopo essere stati fecondati con gli spermatozoi del padre committente e gli ovuli della madre surrogata, vengono impiantati nella stessa rendendola così anche madre biologica.

Questa situazione è molto complessa e proibita in molti stati tra cui l'Italia dato che, in assenza di un contratto di surrogazione di maternità, i figli sarebbero a tutti gli effetti della madre che ha 'prestato' il proprio utero.

## 3) Surrogazione gestazionale.

Anche questa è un'ipotesi di fecondazione artificiale eterologa ma ancora più complessa dato che l'ovocita viene donato da una donna terza.

Quindi in questo rapporto partecipano tre madri: la madre biologica, la madre committente e la madre gestazionale.

L'ovulo della donna donatrice viene fecondato dallo spermatozoo del marito della coppia committente ed impiantato nell'utero della madre surrogata.

Questa forma è la più diffusa perché, non facendo uso dell'ovocita della donna che si impegna a portare avanti la gravidanza permette di evitare tutte quelle complicazioni psicologiche che deriverebbero dal far coincidere la madre biologica con quella gestazionale.

## **1.2 Il diritto alla procreazione nell'ordinamento italiano**

La procreazione può essere paragonata ad un contenitore complesso, un crocevia di diritti ed interessi anche conflittuali, di interessi e doveri.

La procreazione e, più in generale la sessualità, costituisce un segno identificativo della persona e dignità umana e una forma di libera espressione della personalità.

Tale diritto è talmente radicato che neanche il regime di detenzione può limitarlo; in tal senso si è espressa la Cass.Pen.Sez 1, 30.01.2008 n.7791 affermando che anche al detenuto in regime ex 41 bis dell'ordinamento penitenziario è concesso di effettuare un prelievo di liquido seminale permettendo così alla moglie di praticare una tecnica di fecondazione assistita.

Non è però possibile immaginare un diritto alla procreazione senza limiti e attuabile con ogni mezzo, si preferisce infatti parlare di diritto alla libertà procreativa piuttosto che diritto di procreare proprio per evidenziare l'esigenza di porre dei limiti e fare considerazioni al riguardo.

Come ogni altro diritto, anche questo, deve porsi in relazione con gli altri diritti; la volontà di essere genitori deve rapportarsi con i diritti attribuibili al concepito considerato come uomo *in fieri*, che *“persona deve ancora diventare”* come ha affermato la Corte Costituzionale nella sent. n. 27 del 1975 ma che costituisce una figura giuridicamente autonoma a cui attribuire diritti fondamentali e personali, come il diritto alla vita, alla salute, all'integrità psico-fisica.

L'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita apre alla possibilità di generare un figlio anche quando manchino le condizioni “naturali” che portano al concepimento mediante rapporto fisico tra uomo e donna, possono essere superate patologie come sterilità o infertilità ed anche l'identità di sesso dei due soggetti che cercano di diventare genitori.

Inoltre, l'utilizzo di tali tecniche “rende programmabile (almeno su piano teorico), o comunque sottrae al gioco esclusivo e misterioso della casualità naturale persino il prodotto del



concepimento”<sup>5</sup>, come afferma Cinzia Picciocchi :”what in the past simply happened, has become a possibility that may be chosen by individuals”<sup>6</sup>.

Basti pensare alla diagnosi pre-impianto, tanto sospirata dai soggetti portatori di patologie geneticamente trasmissibili che permette di conoscere eventuali malformazioni o patologie a carico dell’embrione.

In questo tema , quindi è necessario bilanciare il valore del principio di autodeterminazione del singolo con altri valori ed interessi collegati alla tutela del nascituro che si trova in uno stadio ancora più anticipato, cioè nella fase embrionale, alla tutela della salute della donna, al concetto di famiglia e di laicità dello stato.

In Italia il legislatore si è finalmente espresso con la legge 40/2004 prendendo una posizione piuttosto netta intuibile già dalle finalità attribuite alla procreazione medicalmente assistita, cioè un rimedio a patologie insanabili di sterilità o infertilità della coppia e non come una possibilità alternativamente eleggibile alla procreazione “naturale”.

---

<sup>5</sup> A.D’Aloia P.Torretta “*La procreazione come diritto della persona*”

<sup>6</sup> *Bioethics and Law. Between Values and Rules*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2005, 471 ss.

Così anche la scelta dei soggetti che sono ammessi alle pratiche di pma “coppie di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertili, entrambi viventi”<sup>7</sup> esprime chiaramente la volontà del legislatore di ricostruire una situazione familiare “tradizionale” in cui coesistono due genitori di sesso diverso perché ritenuto il miglior contesto per la crescita psico-fisica del minore.

Un problema rilevante di fronte a cui è possibile trovarsi consiste nella morte del futuro padre dopo l’inizio della procedura di pma ma prima dell’effettivo impianto.

La norma sembra essere chiara nel riferirsi a due soggetti membri della coppia “entrambi viventi”, tuttavia la norma non ci indica in quale momento del complesso procedimento fecondativo sia necessaria la presenza in vita di entrambi i soggetti membri della coppia, quindi deve essere interpretato nel senso di ritenere necessario che al momento della formazione dell’embrione i due coniugi siano vivi, ma nelle fasi successive prevale la tutela dell’embrione rispetto alla creazione di una famiglia basata sul modello biparentale.

---

<sup>7</sup> Legge 40/2004 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”

Questa opinione è avallata anche dal fatto che l'art.6, co.3, legge 40/2004 stabilisce che, dopo che è avvenuta la fecondazione, è considerata irrilevante la revoca del consenso, quindi non avrebbe senso interrompere il processo di nascita in seguito al decesso del futuro genitore di sesso maschile.

### **1.3 Procreazione assistita e identità di sesso dei richiedenti**

Più complessa la ricerca di accedere a tali tecniche per le coppie omosessuali unitamente alla possibilità di contrarre matrimonio.

A tal riguardo si è espressa la Corte Costituzionale (Sent.138 del 2010) continuando a sostenere la necessità di non identità di sesso dei nubendi ma invitando il legislatore ad operare una regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso che, nel nostro paese, non sembra includerà la possibilità di ricorrere a tecniche di pma mentre in molti altri paesi le coppie omosessuali unite in matrimonio o in un rapporto registrato ad esso paragonabile, hanno diritto di procreare con metodi alternativi a quello “naturale”.

Al riguardo risultano rilevanti alcune sentenze della Corte europea dei Diritti dell’Uomo (Salguiero del 1999 ed E.B vs

Francia del 2008) che affermano che l'orientamento sessuale di un soggetto non può costituire un limite all'affidamento di un minore.

Questo tema in realtà riguarda due diverse situazioni perché una cosa è parlare di affidare un figlio già nato ad un genitore che ha deciso di cambiare la propria identità sessuale nel corso della propria vita, altro è consentire la nascita di un bambino all'interno di un rapporto di convivenza tra due persone dello stesso sesso.

La prima circostanza rientra in “quell'incerto mestiere del vivere” citato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 494/2002 che il legislatore deve affrontare tenendo conto del rispetto dei diritti inviolabili e dei divieti costituzionali, come il divieto di discriminazione per ragioni sessuali e di orientamento sessuale; nel secondo caso, invece, eliminare il divieto esistente significherebbe equiparare due situazioni eliminando il requisito della diversità di sesso tra i due soggetti coinvolti nel rapporto di filiazione.

Tale accettazione costituirebbe uno stravolgimento dello schema genitoriale che deve essere analizzato tenendo conto delle necessità psico-fisiche del minore, del suo percorso di crescita e

di formazione della personalità ma anche alla luce del contesto sociale e culturale che ci circonda.

#### **1.4 Il divieto di fecondazione eterologa in Italia**

Prima del divieto sancito dalla legge 40/2004 la fecondazione eterologa, un metodo di inseminazione artificiale che utilizza gameti di soggetti esterni alla coppia, era praticata in Italia.

La base concettuale di questo divieto consiste nell'idea che l'impossibilità di conoscere il proprio patrimonio genetico ed il fatto che questo non sia il medesimo dei genitori con cui ha un legame affettivo possa minare l'integrità psico-fisica del nascituro<sup>8</sup>.

Il divieto colpisce più in generale la surrogazione di maternità in quanto sembra difficile sconsacrare il brocardo della certezza della identità madre nel concepimento,<sup>9</sup> soprattutto perché "Il passaggio successivo sarebbe quello di accettare che la maternità possa essere "frantumata" in una pluralità di contributi all'evento nascita ed al formarsi del rapporto di filiazione ad opera di più donne (tra chi è donatrice dell'ovulo, chi è stata

---

<sup>8</sup> Casini-Di Pietro-Casini, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir.fam.*, 2004, 2 489 ss.

<sup>9</sup> Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, Cedam, 100999, 441.

gestante e chi esercita il ruolo genitoriale), con il rischio di esporre il desiderio (o la pretesa a tutti i costi), di avere un figlio ad una logica di contrattualizzazione, capace altresì, per altro verso, di rendere difficile anche l'inquadramento legale della figura materna.”<sup>10</sup>

Questa ipotesi apre ad un eventuale conflitto per stabilire chi sia in ultima istanza la madre effettiva dato che tutte le partecipanti al processo hanno dato un contributo essenziale alla nascita e che per tale problema non è stata prospettata una soluzione univoca, d'altro canto non è del tutto vero che il “prestito” del proprio utero consista in una commercializzazione del corpo, dato che può essere mosso da intenti solidaristici, come prevede la legislazione di alcuni paesi tra cui l'Inghilterra che subordinano la praticabilità della surrogazione di maternità all'assenza di un corrispondente in denaro.

Il divieto assoluto di fecondazione eterologa è caduto con la sentenza 162/14 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4, comma 3 della legge 40/2004 per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione.

---

<sup>10</sup>A.D'Aloia- P.Torretta , *La procreazione come diritto della persona*. Giuffrè editore-2011

Si estende quindi la possibilità di accedere a tecniche di PMA eterologa per quelle coppie affette da gravi patologie come la sterilità assoluta della donna, causata a esempio da menopausa precoce o la azoospermia completa del coniuge maschile, che rendono impossibile una fecondazione di tipo omologo.

Con tale sentenza la Corte Costituzionale sembra asserire che il diritto alla genitorialità sia preponderante rispetto alle preoccupazioni espresse dal legislatore sulle tecniche di PMA eterologa.

Una delle argomentazioni espresse a favore di tale decisione riguarda il diritto a voler essere o meno genitori, che “rappresenta una espressione essenziale della libertà di autodeterminazione di cui al combinato disposto degli artt.2, 3, 31 della Costituzione”<sup>11</sup> e non può subire pregiudizi che non derivino da un bilanciamento con interessi di pari rango.

Tale pratica potrebbe essere limitata solo quando il divieto sia l’unico mezzo in mano al legislatore per tutelare un interesse della stessa rilevanza o superiore ed il divieto di PMA di tipo eterologo non sembra rispondere a tale esigenza.

---

<sup>11</sup> V. Baldini *“Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo.”*

Anzi, tale divieto sembra incidere negativamente sul diritto alla salute che comprende sia quella fisica che psichica in quanto impedisce il realizzarsi del diritto protetto costituzionalmente alla genitorialità per quelle coppie che sono affette da impedimenti biologici.<sup>12</sup>

Una scelta di idoneità all'applicazione di tecniche di fecondazione eterologa deve essere fatta alla luce di una valutazione scientifica-sperimentale e non solo politica , “la Corte , in particolare, rileva come la PMA di tipo eterologo miri a favorire la vita senza implicare per la salute dei donanti e dei donatari rischi che eccedano la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica”<sup>13</sup>

Un'altra considerazione a favore della censura di irrazionalità sta nella praticabilità di tale tecnica in altri paesi che determina “un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse

---

<sup>12</sup> Sul tema cfr. le considerazioni di G.Rocchi . “*Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto alla salute?*”

<sup>13</sup> ” V. Baldini “*Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*”



finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri paesi”.<sup>14</sup>

### **1.5 Il diritto alla genitorialità in ambito europeo secondo l’orientamento della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo**

Secondo l’orientamento della CEDU Il diritto alla genitorialità si configura dal momento della nascita e fa riferimento a quel legame protetto dall’art.8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo “Diritto al rispetto della vita privata e familiare” che sopravvive anche qualora manchi la coabitazione familiare, il minore venga riconosciuto con ritardo dal padre biologico o sia affidato a parenti.<sup>15</sup>

Con la sentenza 22 aprile 1997 ,X , Y e Z c. Regno Unito la CEDU ha riconosciuto la tutela dell’art. 8 cedu anche al rapporto tra il figlio nato mediante una procedura di fecondazione assistita ed il genitore transessuale.

---

<sup>14</sup> Sent. 162/ 2014

<sup>15</sup> Sent.26 maggio 1994, Keegan c. Irlanda, ricorso n. 16969/90: si afferma che il minore nato dall’unione di due persone non sposate e non più conviventi al momento della nascita si inserisce comunque in quel contesto familiare godendo del legame tutelato dall’art. 8.

Accanto a questo orientamento generale favorevole all'integrazione del minore nella propria famiglia sin dal momento della nascita, l'art. 8 , par. 2, della Convenzione di Roma evidenzia la necessità di lasciare un certo margine di apprezzamento qualora gli stati europei non abbiano una disciplina uniforme in materia.

Questo discorso vale indipendentemente dalla omosessualità o meno della coppia che ambisce alla genitorialità anche se situazioni più complesse si verificano più spesso in un rapporto omosessuale o tra soggetti non coniugati.

Un esempio può trovarsi nella sentenza del 13 giugno 1979 , *Marckx c. Belgio* in cui la Corte include nel concetto di “vita familiare “ i coniugi ed i figli legittimi dal momento della nascita ed indipendentemente dalla coabitazione o dal venir meno del vincolo coniugale tra i genitori e quindi dall'affidamento del minore ad uno solo di essi.

La Corte ha, infatti, nel caso specifico, ritenuto prioritario il diritto della figlia ad avere una vita familiare normale rispetto all'interesse statale di proteggere e rafforzare la famiglia basata sul matrimonio,aggiungendo che l'uguaglianza di statuto tra

figli legittimi e naturali sarebbe rientrata da quel momento nella disciplina dell'art.8.<sup>16</sup>

Si tratta dunque di una interpretazione costitutiva piuttosto che dichiarativa.

Il metodo interpretativo seguito dalla Corte non è indicato dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, siamo di fronte ad un'interpretazione "sociologica", "basata sul *consensus* a livello di normative statali, e ancor prima sugli sviluppi della realtà sociale e morale degli stati membri".<sup>17</sup>

Tuttavia l'art. 8 non genera un obbligo in capo agli stati contraenti di prevedere per le coppie non sposate uno statuto giuridico paritetico a quello di coppie sposate.

La Corte ha optato per questa interpretazione tenendo conto dell'"oggetto e dello scopo"<sup>18</sup> della Convenzione che "sont solidaires du rythme de l'évolution de la société"<sup>19</sup>, si è così

---

<sup>16</sup> Sentenza *Marchx* cit., par.58. Sul punto, in particolare sulle conseguenze nel diritto belga, v. F. Rigaux, *La famille devant le juge constitutionnel et le juge International*, in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à J. Velu*, t. III, Bruxelles, 1992, p. 1711 ss.

<sup>17</sup> C.Campiglio "Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale" p. 87, Cedam, 2003 cfr. De Blois, *The Fundamental Freedom of the European Court of Human Rights*, in LAWSON, DE BLOIS, *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of H.G. Schermers*, vol. III, Dordrecht/Boston/London, 1994, p. 32 ss., a p. 35 ss

<sup>18</sup> C.Campiglio "Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale"

<sup>19</sup> Ganshof Van Der Meersch, "Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme", in Matscher, Petzold, *Protecting Human Rights* cit., p. 201 ss., a p. 202.

discostata dai suoi precedenti per dare un'interpretazione che seguisse i cambiamenti della società in modo concreto.

Vi sono state, però, opinioni in contrasto con tale decisione ,come quella del giudice Fitzmaurice, secondo il quale tale interpretazione è dovuta ad una “distorsione di concetti” <sup>20</sup>

In quanto le questioni di stato e le questioni di vita familiare disciplinate dall'articolo 8 fanno riferimento ad “ordini differenti di concetti giuridici” mentre la Corte ha rimandato tutto il diritto di famiglia all'ambito di applicazione dell'articolo 8, che “costituisce un fondamento troppo fragile ed incerto perché ad esso si possano affidare i dettagli di una materia complessa come il diritto di famiglia”.<sup>21</sup>

Per la prima volta, con la sentenza Marchx, la Corte ha fatto sorgere in capo agli stati obblighi positivi.

Oggi gli stati membri hanno quindi, non solo l'obbligo negativo di non ingerire nella vita familiare, ma anche quello positivo di garantirne il rispetto e lo sviluppo.

L' obbligo di modificare la legge nazionale non era implicitamente contenuto nell'articolo 8, ma risultava

---

<sup>20</sup> Opinione dissenziente di Fitzmaurice, caso Marchx cit.,p.43 par.10

<sup>21</sup> Opinione dissenziente di Fitzmaurice cit.,p.43 par.11 e p.45 par. 15.

dall'articolo 53 (oggi 46.1) che stabilisce l'obbligo per gli stati di conformarsi alle decisioni della Corte.

Il problema maggiore consiste nell'individuare i criteri da utilizzare per definire il contenuto e gli scopi di tali obblighi positivi, se sia necessario raggiungere un minimum di effettività o un maximum in quanto lo stato deve garantire ai cittadini le condizioni sia giuridiche che materiali per esercitare i diritti tutelati.

La Corte ha lasciato agli stati una vasta libertà di scelta sui mezzi, le attività concrete necessarie da porre in essere per raggiungere l'obiettivo di rendere effettivo il diritto, sancendo quindi solo un obbligo di risultato.

Con la sentenza Abdulaziz del 1985 l'espressione "libera scelta dei mezzi" lascia spazio a quella di "margine di apprezzamento" che è delimitato da parametri ormai classici, ovverosia "le circostanze di tempo e di luogo, la natura del diritto in causa o delle attività in gioco, lo scopo perseguito e l'esistenza o meno di un denominatore comune ai sistemi giuridici degli Stati membri".<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> C.Campiglio. "Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale" cedam 2003

Tali obblighi di risultato in capo agli stati possono subire un'interferenza in base al par.2 dell'art.8 che definisce quando lo Stato può limitare il godimento di un diritto tutelato dal par.1: “Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

La norma opera un bilanciamento tra l'interesse individuale che deve essere garantito e l'interesse generale e afferma che l'interferenza dello Stato deve essere “necessaria”, non *necessariamente indispensabile*.

Gli organi europei intendono tale necessità come un giusto rapporto tra il fine perseguito e i mezzi utilizzati e tale rapporto si può dire che sia raggiunto in una società democratica quando le restrizioni agli individui siano ridotte al minimo indispensabile.

Il par.2 dell'art.8 non entra in gioco solo quando ci troviamo di fronte ai cd. *Core of rights*, dato che uno Stato viola l'art.8 par 1 per il solo fatto di non tutelarli.

## **1.6 La normativa europea in tema di maternità surrogata**

L'esistenza di un diritto a procreare non è esplicitamente definito, ma è desumibile dal riconoscimento del diritto di fondare una famiglia e dall'obbligo del rispetto della vita privata e familiare.

Tali diritti li troviamo nell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 nella parte in cui sancisce che *“uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione”* e *“la famiglia è il nucleo centrale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo stato”*.

Sono riaffermati anche dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali adottata dal Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950, che all'articolo 12 stabilisce che: *“uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto”* e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 nell'articolo 23: *“Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è*

*ricosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio”.*

Senza dubbio in questi articoli si afferma un diritto a costituire una famiglia e ad avere figli, altrettanto certo è il fatto che il legislatore dell'epoca non poteva includere nel godimento di tale diritto tutte le situazioni attualmente esistenti in cui la riproduzione non combacia con la sessualità dovute alle nuove tecniche medico-riproduttive.

Ad una prima lettura di queste norme potrebbe sembrare che il diritto di costituire una famiglia ed il diritto di sposarsi si riducano ad un unico diritto, affermazione che porta a due questioni problematiche.

La prima che consiste nel dubbio se il diritto di fondare un nucleo familiare sia riservato solo a coppie sposate e non a conviventi o persone singole, la seconda questione riguarda il collegamento tra il diritto a costituire una famiglia e quello di procreare.

Con riguardo alla prima problematica vi sono opinioni discordanti in dottrina, chi afferma che l'articolo 12 individui due distinti diritti si basa sull'articolo 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo secondo la quale tutti i figli devono essere socialmente tutelati indipendentemente se nati in



un contesto matrimoniale o al di fuori di esso e sull'articolo 8 della Convenzione europea che garantisce il rispetto della vita privata e familiare di ogni individuo, altra parte della dottrina fa riferimento ad una interpretazione letterale del testo in quanto l'articolo 12 nell'espressione "*l'esercizio di tale diritto*" intende un diritto unitario.

Questa seconda interpretazione si scontra però con l'evoluzione che ha affrontato il concetto di famiglia dal 1950, data di entrata in vigore della Convenzione, ad oggi.

Si può dire che "la definizione di famiglia non può avere carattere assoluto, ma deve essere considerata nella sua relatività storica"<sup>23</sup>, proprio in virtù delle radicali trasformazioni che l'istituto ha subito e continuamente subisce. Infatti, se al momento della emanazione della normativa in esame la famiglia era quella basata sul matrimonio, attualmente emergono dalla stessa giurisprudenza europea riconoscimenti relativi alla famiglia di fatto<sup>24</sup> e a quella monoparentale<sup>25,26</sup>

---

<sup>23</sup> P.Barcellona, *Famiglia (dir.civ)*, in *Enc.Dir.*, XVI, Milano 1967, p.779.

<sup>24</sup> Sul punto Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 6699/74, sentenza 17 aprile 1979, che ha sancito il diritto della famiglia di fatto che le vengano riconosciuti diritti e doveri paritetici a quelli della famiglia legittima.

<sup>25</sup> Sul punto Corte europea dei diritti dell'uomo : sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx v. belgium*, *Eur. Court H.R.* 1979, serie A, vol.31, ha riconosciuto che il minore insieme alla madre formano una sia pur ristretta "famiglia naturale" riconoscendo legittimità alla famiglia monoparentale.

<sup>26</sup> I.Corti, *La maternità per sostituzione*, p.59, Giuffrè, 2000

Sia La Corte europea dei diritti dell'uomo che la Commissione hanno in più sentenze confermato una interpretazione unitaria dell'articolo 12 ponendosi quindi su un piano diverso rispetto alla legislazione di vari stati che permette ai singoli e alle coppie non unite in un vincolo coniugale di adottare e formare quindi una famiglia, ma questi dubbi interpretativi sono stati sanati dall'articolo 9 del Progetto di Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: *“Il diritto di sposarsi ed il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”*.

La seconda questione relativa all'articolo 12, cioè se vi sia una coincidenza tra il diritto a procreare ed il diritto a fondare una famiglia ha trovato risposta negativa dato che fondare una famiglia costituisce “un'attività sociale, non necessariamente legata a una qualche funzione biologica”<sup>27</sup>, dimostrato dal fatto che si parli di famiglia anche di fronte a una coppia coniugata senza figli o con figli adottivi.

Quindi, il diritto di fondare una famiglia coincide con il diritto ad avere figli e tale diritto non è limitato nell'ordinamento internazionale ricomprendendo, secondo una interpretazione più

---

<sup>27</sup> I.Corti, *op.cit*

ampia, quindi, l'adozione e le altre tecniche procreative tra cui la maternità surrogata.

L'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo riconosce ad ogni individuo il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Quest'ultimo "assume le caratteristiche di un diritto di libertà, avente natura assoluta in quanto può essere fatto valere contro chiunque vi rechi offesa e, in particolare, nei confronti del potere statale: alla famiglia è assicurata una sfera di autonomia nella quale a nessuno è lecito interferire fatte salve le eccezioni di cui al comma 2 dell'art. 8"<sup>28</sup>

In realtà tale libertà è circoscritta, cioè lo stato non può intromettersi "nell'organizzazione della famiglia voluta dai coniugi ed al riguardo non vi è dubbio che la decisione di generare o non generare figli rappresenta uno dei momenti fondamentali".

Questo articolo garantisce uno spazio di libertà in cui lo stato può entrare solo se lo scopo è quello di tutelare un diritto fondamentale e sembra ricomprendere anche le modalità con cui avere figli anche se al momento della formulazione si faceva riferimento solo al concepimento derivante da un rapporto intimo e libero tra due individui dato che le moderne tecniche

---

<sup>28</sup> L.Pannella, *Diritti umani e procreazione artificiale*, Milano 1990

riproduttive che comunque presuppongono intimità e libertà erano sconosciute.

Vi sono vari documenti internazionali che esprimono una posizione favorevole alle tecniche riproduttive e alla surrogazione di maternità; l'articolo 11 della convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne adottata nel 1979 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite riconosce alla donna il diritto alla salute, alla sicurezza delle condizioni di lavoro includendovi la tutela della funzione riproduttiva.

Anche la Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulla donna svoltasi a Nairobi nel 1985 tutela il diritto delle donne di controllare la propria fertilità, il numero di figli ed l'intervallo tra le nascite, così come la IV Conferenza mondiale sulle donne di Pechino riafferma come diritto assoluto e fondamentale, al pari del diritto di libertà, il diritto "ad avere il controllo e a decidere liberamente e responsabilmente circa la propria sessualità, inclusa la salute sessuale e riproduttiva, senza coercizione, discriminazione e violenza"<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> IV Conferenza mondiale sulle donne tenutasi a Pechino, cit., 52 s. Programma d'azione 94-96.

Tutti questi atti individuano i diritti procreativi come diritti essenziali della persona, e come tali devono essere liberi da interferenze statuali e sovranazionali, ma devono essere rispettati e tutelati, con il limite dell'intervento per garantire il rispetto dei diritti fondamentali altrui.

### **1.7 Obiezioni alla pratica della maternità surrogata**

Sono state elaborate varie obiezioni all'istituto della surrogazione di maternità.

La prima riguarda il fatto che questo istituto coinvolge tre persone nella procreazione e la presenza della terza di queste è considerata lesiva del rapporto coniugale e della famiglia che si sta formando.

L'intervento di un terzo soggetto è stato, in passato, paragonato all'adulterio<sup>30</sup>, cioè il venir meno al dovere di fedeltà presente sia nella fecondazione eterologa ed ancor di più nella surrogazione di maternità dato che il rapporto che si crea è molto più intenso.

Questo mezzo di procreazione assistita, come già detto, permette alla donna di crescere il figlio nato mediante “l'uso” dell'utero

---

<sup>30</sup> Sul tema Wornock Report 4.10

di un'altra donna e questo può creare problemi sia nelle relazioni familiari della coppia committente sia in quella della madre surrogata, costituendo quindi un pericolo per la concezione tradizionale di famiglia<sup>31</sup>.

In realtà si evince dal rapporto Brazier, operato dal governo inglese, che tale obiezione è stata sollevata da un numero circoscritto di persone, soprattutto relazionate alla Chiesa Cattolica che ha espresso la propria posizione riguardo alle nuove tecniche procreative nell'Istruzione della Congregazione per la dottrina della fede nel 1987 dove viene definita "contraria all'unità del matrimonio e alla dignità della procreazione della persona umana... instaurando a detrimento della famiglia una divisione tra gli elementi fisici, psichici, e morali che la costituiscono".

A questo punto di vista si può obiettare, come fa il giudice Sorcow,<sup>32</sup> che la surrogazione di maternità non vada a minare la concezione tradizionale di famiglia ma anzi costituisca un mezzo per realizzarla, laddove i coniugi che desiderino fortemente un figlio non possano procreare, e comunque, "le coppie che sono di questo avviso, faranno a meno della pratica,

---

<sup>31</sup> M.A Field *Surrogate Motherhood. The Legal and Human Issue*, Cambridge-London, 1988, p.33 s.

<sup>32</sup> Re Baby M, Corte Superiore del New Jersey, 31 marzo 1987, cit., c. 104

ma non perciò dovrebbero sentirsi autorizzati a negarla alle persone interessate”<sup>33</sup>.

B) Altra obiezione riguarda la distorsione che deriva al rapporto fra madre e figlio, in quanto è ritenuto contrario all’istinto materno, innaturale, consegnare il figlio ad un’altra donna subito dopo il parto.

Una riflessione va fatta proprio sul concetto di “naturale”, dato che “nulla è più culturale dell’idea di natura: il confine tra quel che è naturale e quel che non lo è dipende dai valori e dalle decisioni degli uomini”<sup>34</sup>. Quindi il concetto di naturale muta nel corso del tempo al mutare della società.

Un esempio di supporto a tale affermazione si può trovare nel contratto di baliatico che è stato da molti assimilato a quello in esame in quanto la balia, in cambio di un corrispettivo economico mette a disposizione del neonato il suo seno, il suo corpo, per l’allattamento e per prestargli cure.

Nonostante la somiglianza, l’opinione generale riguardo al baliatico è positiva: “non siamo stati educati a considerare il baliatico una effrazione di leggi naturali; la figura della balia è stata oggetto di poesia, di affetti, e di qualche nostalgia. Ma se

---

<sup>33</sup> Warnock Report 8.15

<sup>34</sup> A.Caporale, A. Massarenti, A.M. Petroni, S. Rodotà, Così aumentano le “chances” della vita, pubblicato su Il Sole 24 Ore 1 marzo 1998 e in Bioetica 1998, 325 s.

un antropologo dovesse descrivere quest'uso potrebbe rilevare la crudezza di un costume che aggiogava una classe di donne-nutrici, per necessità economiche, al privilegio di una classe di donne esenti dal peso naturale dell'allattamento comperando il corpo della nutrice".<sup>35</sup>

In questa situazione, in realtà, il distacco tanto criticato dalla madre e il neonato avviene due volte, la prima quando il bambino viene allontanato dalla madre per essere affidato alla nutrice, la seconda quando torna dalla madre, ma questo aspetto secondo la cultura dell'epoca non era considerato innaturale.

Quindi, classificare un fatto come contro natura è più che altro influenzato dalla concezione di "naturale" che una determinata società, in un determinato tempo storico sostiene.

C) Un'altra critica individua in questa tecnica procreativa una compravendita di bambini; "gli accordi di surrogazione che prevedono un compenso in denaro sono in realtà degli accordi per l'acquisto di un neonato"<sup>36</sup> e, come afferma C. Overall, che si tratti di una vendita lo dimostra il fatto che la sostituta non viene pagata se non consegna alla committente il neonato,

---

<sup>35</sup> P.Zatti, *Artificio e "natura" della procreazione* (note a margine dei progetti legislativi, in Riv. crit. dir. priv. 1986, 4, p. 696)

<sup>36</sup> Waller committee 1984, 4.6



evidenziando ancor di più la differenza dall'adozione, per la quale è vietata qualsiasi forma di pagamento.

Il tema è dibattuto, ed altro orientamento, di cui fa parte M. Freeman e Carmen Shalev, vede nel pagamento di una somma di denaro una retribuzione per i servizi offerti e non un corrispettivo per la cessione del neonato.

D) Un'altra obiezione si riferisce all'esigenza di tutela della dignità umana confermata dalla convenzione internazionale di bioetica adottata dal Consiglio d'Europa che nell'articolo 1 afferma : “le parti alla presente Convenzione tutelano l'essere umano nella sua dignità ed integrità” e all'articolo 21 che “il corpo umano e le sue parti non devono essere in quanto tali fonte di guadagno”.

Questi principi vengono ripresi dalla Supreme Court nel caso Baby M. dove ritennero la surrogazione “potentially degrading to a women”<sup>37</sup>.

La commissione Warnock evidenzia che “il pericolo di sfruttamento della persona da parte di un'altra è stato ritenuto dalla maggioranza di noi tale da superare largamente ogni eventuale beneficio in quasi tutti i casi. Il fatto che persone trattino altre come semplici mezzi per raggiungere i loro fini

---

<sup>37</sup> Supreme Court del New Jersey, sent. 31 marzo 1987

riteniamo debba essere sempre immorale per quanto siano desiderabile le conseguenze sperate. E che tale comportamento diventa poi di tutta evidenza sfruttamento sicuro quando sono presenti interessi economici”<sup>38</sup>, d’altro canto si può osservare che un equo pagamento per la prestazione sia una soluzione meno lesiva della dignità della donna rispetto all’assenza di corrispettivo.

L’osservazione del fenomeno porta però quasi sempre ad individuare come madri surrogate donne “povere”, senza lavoro, configurando quasi una forma di sfruttamento.

In risposta a questo è stato osservato che la surrogazione non configurerebbe uno sfruttamento più forte rispetto ad altre attività, come utilizzare i muscoli di un operaio<sup>39</sup> per cui non avrebbe senso condannare la surrogazione e permettere altre forme di sfruttamento del corpo umano.

Sul problema anche altri si sono espressi affermando che “non si riesce a capire per quale ragione chi paga una donna perché funga da madre surrogata calpesti la sua dignità e la sfrutti più di chi la paga perché si esibisca come ballerina o come cantante d’opera, in entrambi i casi la si assume per usare certe capacità

---

<sup>38</sup> *Warnock Report* 8.17. *dissenting opinion*, p. 3

<sup>39</sup> M. Freeman, *Is surrogacy exploitative ?*, p. 169

del suo corpo, per il piacere o per la realizzazione di fini terzi”<sup>40</sup>  
e che impedire ad una donna di prestare volontariamente il proprio utero in cambio di un corrispettivo costituirebbe una forte limitazione alla sua volontà di scelta.

Il pericolo di sfruttamento sarebbe più forte quando è presente un corrispettivo e su questo piano si pone il Surrogacy Arrangements Act che disciplina tale materia in Gran Bretagna dal 1985, permettendo il contratto in questione solo se non avviene *on commercial bases*.

Vi è anche chi sostiene che il fine altruistico non elimini lo sfruttamento che può essere anche solo psicologico, ad esempio la scelta di “prestare” il proprio utero in favore di un familiare, potrebbe essere condizionata da un sentimento di lealtà familiare e di dovere; d’altro canto se operassimo la stessa valutazione in ambito di trapianto di organi tra vivi, il corpo del donante sarebbe visto come un “deposito di pezzi di ricambio”. “La dignità della condotta umana non risiede nei suoi connotati materiali, e neppure nelle sue funzionalità affettive, ma nei valori che cerca di esprimere; e in questo caso perché non parlare di ‘dono’, di abnegazione, di sacrificio per affetto?”<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> H.T Angelhardt Jr., *Manuale di bioetica*, Milano, 1999, p. 301

<sup>41</sup> P.Zatti *Maternità e surrogazione*, in Nuova giur. civ. comm., 2000, p. 838

Se guardiamo la surrogazione di maternità da questa prospettiva, per cui il corpo della donna è ‘prestato’ per fini altruistici, addirittura potrebbe essere valutata come un valore fondamentale.

Problemi che effettivamente presentano difficile soluzione riguardano un possibile cambio di idea della madre committente o la morte dei genitori committenti durante la gravidanza e il rifiuto dei parenti di questi di occuparsi del minore perché contrari alla decisione presa, temi che meritano attenta riflessione.

I sostenitori dell’istituto della maternità surrogata evidenziano come punto focale il fatto che questa costituisca l’ultima risorsa per una coppia sterile di “avere un figlio geneticamente di uno o di ambedue i coniugi, in particolare può essere il solo modo di consentire al marito di una donna infeconda di avere un figlio”<sup>42</sup>, deve essere frutto di una scelta consapevole e che spesso è mossa da altruismo, sentimento che non viene meno anche se vi è una corresponsione in denaro<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Warnock Report. 8.13

<sup>43</sup> New South Wales *Law Reform Commission*, cit., 6.19: “Proponents believe that many of the women who offer to become surrogate mothers are moved by altruistic concern for other women whose infertility prevents them from having children. Even where the surrogate mother accepts payment for her service, her willingness to enter into such arrangements may still be motivated by compassion and concern for another”.

## **CAPITOLO II**

### **La surrogazione di maternità nella giurisprudenza europea**

#### **2.1 La giurisprudenza della Corte di Strasburgo**

##### **2.1.1 Le sentenze Mennesson e Labassee contro Francia**

Nel marzo 2015 si è tenuto un meeting presso la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato dove sono stati analizzati gli sviluppi in materia di maternità surrogata tenendo conto della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e passando in rassegna le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare le sentenze *Mennesson contro Francia* e *Labassee contro Francia* del 26 giugno 2014.

I fatti che danno origine alle sentenze sono pressoché gli stessi, in entrambi i casi i ricorrenti sono due coniugi di nazionalità francese che, data la loro impossibilità di affrontare una gravidanza in modo tradizionale, decidono di fare ricorso ad una tecnica di procreazione assistita, cioè la surrogazione di

maternità mediante fecondazione eterologa, negli Stati Uniti, rispettivamente in California e Minnesota.

La tecnica a cui fanno ricorso le due coppie prevede la formazione in vitro di un embrione che abbia metà patrimonio genetico del padre committente e metà di una donna ovodona trice e che venga poi impiantato nell'utero di una donna terza che abbia il compito di portare a termine la gravidanza.

L'ordinamento statunitense prevede che in queste situazioni, al termine della gravidanza venga emesso un documento che attribuisce ai genitori committenti lo *status* di padre e madre del neonato. E ciò è avvenuto anche per i ricorrenti del caso.

Il problema si è posto a momento del rientro in Francia delle due coppie perché le autorità dello stato Francese, in cui non è ammesso il ricorso alla tecnica della surrogazione di maternità, si sono rifiutate di trascrivere gli atti di nascita nel registro dello stato civile francese.

La motivazione del rifiuto consiste nella contrarietà all'ordine pubblico francese degli accordi dato che in questo stato la tecnica dell' "utero in affitto" è vietata dal codice penale e sanzionata con un anno di reclusione e una multa di 10.000 euro, inoltre, vennero imputati in un procedimento penale per «*la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant*

*entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant*», che però viene archiviato su richiesta della Procura perché il fatto è avvenuto nel territorio degli Stati Uniti.

Nel caso Labassee il giudice aveva concesso ai coniugi un documento, un *acte de notoriété*, che attestava l'esistenza di una relazione de facto tra i gemelli ed i genitori ma le autorità si erano rifiutate di iscrivere tale relazione nei registri di stato civile, mentre nel caso Mennesson inizialmente era avvenuta la trascrizione del rapporto di filiazione nel registro di stato civile per poi, però, essere dichiarata nulla dalle autorità francesi. Sia il rifiuto di annotare il rapporto nel registro di stato civile che la nullità della trascrizione sono state dichiarate con sentenza il 6 aprile 2011 dalla Corte di Cassazione.

La Corte si è espressa in tal senso affermando che, riconoscere gli effetti di un contratto di maternità surrogata equivarrebbe a dare valenza ad un contratto nullo per contrarietà all'ordine pubblico, visti i divieti espressi dagli artt. 16-7 e 16-9 del codice penale francese e comunque tale divieto non costituisce per la Corte una violazione dell'art.8 della CEDU<sup>44</sup> che tutela la vita

---

<sup>44</sup> **Articolo 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare.**

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

privata e familiare perché il divieto di trascrizione non priva i bambini dello status giuridico che gli è riconosciuto negli stati del Minnesota e della California e non impedisce loro di vivere insieme ai genitori all'interno dei confini francesi.

I signori Mennesson e Labassee si rivolgono quindi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo eccependo la violazione dell'art 8 della CEDU, in particolare il mancato riconoscimento di un rapporto di filiazione che si è formato in uno stato straniero in modo legale, secondo le leggi di quello stato in merito a procreazione assistita.

I ricorrenti sollevano, quindi, la questione se sia compatibile con i principi della Convenzione che uno stato privi il bambino del riconoscimento dello status giuridico derivante da rapporto di filiazione, costituitosi mediante surrogazione di maternità, in uno stato in cui tale pratica è ritenuta lecita.

La questione non fa alcun riferimento alla liceità del divieto di surrogazione di maternità posto da alcuni stati membri, rispetto ai principi sanciti dalla Convenzione.

---

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.



La Corte decide all'unanimità che non vi è stata violazione dell'art. 8 rispetto alla vita privata e familiare dei ricorrenti Mennesson e Labassee ma, individua tale violazione verso i due minori, figli dei ricorrenti.

La Corte, nel corso della sentenza, fa riferimento agli obblighi a cui l'articolo 8 vincola gli stati membri, sia negativi, cioè l'obbligo di tutela degli individui contro ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, sia positivi, come l'obbligo per lo stato di adottare le misure necessarie a rendere effettivo l'esercizio del diritto.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte identifica nel rifiuto delle autorità francesi di riconoscere e trascrivere nel registro di stato civile il rapporto di parentela in questione, una "ingerenza" dello stato nella vita privata e familiare dei ricorrenti precisando però che le tutele offerte dall'art. 8 non hanno carattere assoluto ma incontrano limiti espliciti.

Lo stato può intromettersi in questioni riguardanti la vita privata e familiare dei cittadini, se ciò è "previsto dalla legge" o se "è necessario per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e

per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.”<sup>45</sup>

La Corte ritiene che, nel caso di specie, l’ingerenza dello Stato francese sia “*prévues par la loi*”, soddisfacendo il primo requisito espresso nel secondo paragrafo dell’articolo <sup>46</sup>.

La sentenza prosegue affermando che «*la Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et ... la mère porteuse*»<sup>47</sup>, ritenendo quindi l’ingerenza delle autorità francesi giustificata perché idonea a garantire il raggiungimento degli scopi di “protezione della salute” e “protezione dei diritti e delle libertà altrui” previsti dall’articolo 8 della Convenzione.

Le autorità dello stato francese hanno quindi giustamente impedito il riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra i genitori “committenti” e i figli nati mediante surrogazione

---

<sup>45</sup> Art 8 CEDU

<sup>46</sup> cfr. *Mennesson c. Francia*, §§ 57-58; *Labassee c. Francia*, § 52

<sup>47</sup> Cfr. *Labassee c. Francia*, § 54

di maternità avvenuta in un paese estero, per scoraggiare i propri cittadini dall'uscire dal territorio nazionale per porre in essere una tecnica procreativa che è invece vietata dalla legge francese. Il punto centrale di entrambe le sentenze consiste nell'analisi della necessità o meno, in uno stato democratico, di imporre dei limiti al diritto al rispetto della vita privata e familiare e la Corte giunge alla conclusione che *«qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger»* (così *Mennesson c. Francia*, § 78).

Dopo aver analizzato la legislazione di 35 Stati parte la Corte fa riferimento alla mancanza di un *consensus* normativo generale in tema di maternità surrogata, in quanto la disciplina in tale materia, nei vari stati, risulta fortemente difforme; é quindi necessario lasciare agli stati membri un notevole margine di apprezzamento, data anche la rilevanza dei problemi ,non solo giuridici, ma anche etici che questo metodo procreativo porta con sé.

Tale margine d'apprezzamento incontra dei limiti se l'interesse in gioco costituisce un aspetto particolarmente intimo e rilevante della vita umana, come la genitorialità e spetta alla corte

valutare se gli interessi dell'individuo e il rispetto dei diritti fondamentali siano stati correttamente bilanciati con gli interessi statali.

La Corte fa una distinzione tra l'interesse al rispetto della vita familiare della coppia che ha fatto ricorso alla surrogazione e il diritto del minore nato da madre surrogata a che venga rispettata la sua vita privata.

Per quanto riguarda la prima questione, la Corte ritiene indubbiamente che la coppia abbia dovuto affrontare delle difficoltà dovute al mancato riconoscimento del rapporto di filiazione, ogni qual volta questo sia richiesto per accedere o godere di un servizio e particolari complicazioni si prospettano nel caso di morte o separazione dei coniugi, ma tali problematiche non vengono ritenute dalla corte insormontabili tenendo conto che la coppia ha potuto trasferirsi in Francia dopo la nascita del bambino e condurre una vita paragonabile a quella di molte altre famiglie senza un pericolo effettivo di essere separati dal bambino a causa della posizione giuridica in cui si trovano.

La Corte conclude osservando che *«la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et*

*ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale*»<sup>48</sup> cioè, operando un bilanciamento tra le difficoltà che la coppia ha dovuto affrontare e il margine di discrezionalità garantito in questa materia agli Stati membri, ritiene che sia stato raggiunto un giusto equilibrio escludendo la violazione del diritto al rispetto della vita familiare della coppia da parte dello stato francese.

Per quanto riguarda la seconda questione, la Corte giunge a conclusioni opposte, in quanto i figli di coppie nate da surrogazione di maternità avvenuta all'estero vivono in una situazione di incertezza giuridica che mina la loro identità all'interno della società francese<sup>49</sup>.

Secondo l'interpretazione della Corte “il primario interesse a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio *status* di figlio o di figlia di una coppia di genitori”<sup>50</sup> costituisce un diritto incluso nel concetto di rispetto per la vita privata e familiare.

La Corte vede nella impossibilità dei figli di ottenere la cittadinanza francese, nonostante il padre biologico sia di

---

<sup>48</sup> Sentenza *Mennesson c. Francia*, § 94; analogamente *Labassee c. Francia*, § 73

<sup>49</sup> cfr. *Mennesson c. Francia*, § 96, e *Labassee c. Francia*, § 75

<sup>50</sup> T.Trincherà “Viola l’art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all’estero ricorrendo alla surrogazione di maternità” su Riv. Diritto Penale Contemporaneo

nazionalità francese, la privazione di un “importante elemento che aiuta a definire l’identità di ciascuna persona”<sup>51</sup>, inoltre il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione crea problemi in ambito successorio ai figli nati all’estero mediante surrogazione di maternità.

Questi ultimi, infatti possono ereditare solo se vengono costituiti eredi(«*si elle l'a institué légataire*»), avendo così diritto ad una tassa successoria meno favorevole rispetto ai figli legittimi e parificata a quella di terzi eredi, nonostante il legame biologico con il padre.

La conclusione a cui giunge la Corte è che il mancato riconoscimento nello Stato francese del rapporto familiare tra i genitori committenti e il bambino nato mediante surrogazione di maternità in un paese estero produce effetti solo nella sfera giuridica dei genitori che consapevolmente hanno deciso di optare per questa tecnica procreativa, ma anche in quella dei minori, configurando una intromissione nella loro vita privata intesa come “possibilità da parte di ciascuno di definire i contenuti essenziali della propria identità, compresi i rapporti di parentela”<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> cfr. *Mennesson c. Francia*, e *Labassee c. Francia*

<sup>52</sup> Cfr. *Mennesson c. Francia*, § 99 «*les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention*

La Corte ha ritenuto la situazione qui descritta come incompatibile con il supremo interesse del minore, il cui rispetto è considerato un valore assoluto che deve guidare tutte le decisioni.

Queste considerazioni assumono, secondo la Corte, particolare rilevanza nel caso di specie dato che il padre “committente” coincide con il padre biologico e non può certamente essere considerato rispondente al supremo interesse del minore privarlo del riconoscimento giuridico del rapporto di parentela con il genitore biologico quando entrambi ne richiedano l'accertamento.

Quindi conclude affermando che lo Stato francese, non dando riconoscimento ad un legame parentale tra minore nato mediante “locatio ventris” in un paese estero e il genitore con cui ha un legame biologico, ha oltrepassato il margine di apprezzamento che la CEDU lascia agli stati membri e violato il diritto dei minori al rispetto della loro vita privata.

Precedentemente la Corte europea dei Diritti dell’Uomo si era espressa con le sentenze Dickson c. Regno Unito, 4 dicembre

---

*ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises: ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté»*analogamente Labassee c. Francia, § 78

2007, ric. n. 44362/04 e , Evans c. Regno Unito 10 aprile, 2007, ric. n. 6339/05) affermando che il diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'articolo 8 CEDU comprende anche il diritto al rispetto di diventare genitori.

### **2.1.2 La Sentenza Paradiso e Campanelli contro Italia**

I ricorrenti del caso sono due coniugi italiani Paradiso e Campanelli, che , in seguito all'inefficacia delle tecniche di fecondazione assistita sperimentate in Italia, hanno deciso di recarsi in Russia per stipulare un accordo di gestazione per altri.

Al loro rientro in Italia, le autorità italiane si sono rifiutate di trascrivere il rapporto di parentela nel registro di stato civile italiano, per contrarietà con l'ordine pubblico, e hanno disposto dopo sei mesi di convivenza con i genitori l'allontanamento del minore e la sua collocazione presso i servizi sociali.

Tale rimedio era considerato necessario data la mancata identità del patrimonio genetico del minore con quello della madre e del padre committenti.

I due ricorrenti lamentavano una violazione dell'articolo 8 della Convenzione da parte dello stato italiano che non avrebbe rispettato il loro diritto alla vita privata e familiare laddove non



abbia riconosciuto il legame parentale legalmente formatosi all'estero e abbia sottratto il minore alla coppia.

*“Les requérants allèguent que le refus par les autorités italiennes d’enregistrer le certificat de naissance délivré en Russie et les décisions d’éloignement de l’enfant adoptées par les juridictions nationales ont méconnu la Convention de la Haye conclue le 5 octobre 1961 et ont porté atteinte à leur vie privée et familiale telle que garantie par l’article 8 de la Convention. Ils allèguent en outre la violation de l’article 6, au motif que la procédure portant sur l’éloignement du mineur n’a pas été équitable.”*

Con riguardo al primo punto, cioè la mancata trascrizione del rapporto di parentela nel registro di stato civile la Corte dichiara irricevibile il ricorso per mancato esaurimento dei ricorsi interni, non avendo la coppia proposto ricorso per Cassazione avverso la decisione della Corte d’Appello che aveva negato la trascrizione dell’atto di nascita.

Con riguardo alla seconda questione, la sottrazione del minore dalla tutela dei ricorrenti, la Corte si è espressa a maggioranza a favore dei coniugi riscontrando in parte una violazione dell’articolo 8.

Sicuramente l'allontanamento del minore costituisce una ingerenza dello Stato italiano nella vita privata dei coniugi ma possono dirsi rispettati il primo e secondo requisito previsti dal paragrafo 2 dell'articolo 8 della Convenzione che permettono limitazioni al godimento di tale diritto se l'ingerenza dello stato costituisce una misura prevista dalla legge e persegue uno scopo legittimo.

Con riguardo al terzo requisito previsto dall'articolo 8, cioè se l'ingerenza dello Stato possa essere ritenuta necessaria in uno stato democratico, facendo particolare attenzione se nel caso di specie sia stato rispettato il bilanciamento tra gli interessi dello stato e quelli del minore in questione (§§ 74 e ss), la Corte osserva che il minore è stato sottratto alla coppia dalle autorità nazionali per porre fine ad una situazione di illegalità derivata dalla violazione della legge italiana in tema di surrogazione di maternità<sup>53</sup> e adozione di minori, d'altro canto tale necessità deve essere contemperata con il supremo interesse del minore<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Legge 40/2004

<sup>54</sup> Sentenza Corte EDU Paradiso e Campanelli c Italia «*la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre*» (§ 80) «However, the reference to public order could not be considered as giving carte blanche for any measure, as the State had to take into consideration the best interests of the child, irrespective of the parental relationship, genetic or otherwise. The Court reiterated that the removal of a child from the family setting was an

e la Corte riconosce l'esistenza di una «de facto family life between the couple and the child» nonostante mancasse un legame biologico e i ricorrenti avessero passato solo sei mesi con il bambino, dato che, in questo pur breve periodo si era instaurata una relazione familiare tra i coniugi e il minore.

L'allontanamento del minore dal contesto familiare, prescindendo dal legame biologico o meno, può avvenire solo se sussiste un pericolo immediato per il bambino e la Corte ha ritenuto che non fosse questo il caso in cui sussistevano le condizioni per giustificare tale allontanamento<sup>55</sup>, accogliendo quindi il reclamo dei due ricorrenti e affermando che le misure adottate dalle autorità italiane nei confronti del minore, la sua sottrazione ai ricorrenti e il conseguente affidamento costituiscono, secondo la Corte, un'illegittima interferenza nella vita privata e familiare.

---

extreme measure, which could be justified only in the event of immediate danger to the child. The threshold set in its case-law in this respect was very high».

<sup>55</sup> Sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia §§ 81-88

### **2.1.3 La Sentenza D. e altri contro Belgio**

Il caso riguarda una coppia sposata belga che si è recata in Ucraina per porre in essere un contratto di maternità surrogata e, in seguito alla nascita del bambino, le autorità locali hanno prodotto un documento che attestava il rapporto parentale nei confronti del minore dei genitori committenti senza riportare il contratto di surrogazione, conformemente alle leggi ucraine.

Al momento del rientro in Belgio, l'Ambasciata belga a Kiev si rifiuta di rilasciare alla coppia il passaporto per il bambino vista l'impossibilità di fornire il documento che attesti l'ospedalizzazione ed il parto della donna.

I coniugi si sono quindi rivolti ad un giudice di prima istanza in Belgio per imporre alle autorità amministrative dell'ambasciata belga a Kiev di rilasciare il passaporto per il minore e contemporaneamente richiesero che fosse riconosciuto il certificato di nascita emanato dalle autorità ucraine.

Il primo ricorso fu rigettato, le motivazioni del Tribunale di prima istanza riguardavano il fatto che il diritto belga identifica come madre di un bambino colei che l'ha partorito e, nonostante fosse stato fatto un test per accertare l'identità del DNA del padre e del bambino questo non fu ritenuto valido perché

avvenuto senza poter controllare la provenienza dei campioni analizzati.

Nel frattempo era scaduto il termine per la permanenza in Ucraina e la coppia dovette tornare in Belgio senza poter portare con loro il minore.

La Corte d' appello belga rovescia la sentenza del tribunale di prima istanza affermando che le integrazioni apportate dai ricorrenti fossero idonee a ritenere quantomeno verosimile la paternità del ricorrente aprendo le porte alla necessità di un bilanciamento tra i vari interessi in gioco, cioè l'interesse dello stato e il diritto del genitore ad intraprendere una vita familiare con il minore e viceversa. La Corte ordina alle autorità belghe di rilasciare un documento di viaggio valido per il minore che raggiunge così i genitori in Belgio.

Contemporaneamente i genitori “committenti” avevano proposto ricorso di fronte alla Corte EDU, contro il diniego delle autorità belghe di procedere con l'emissione di un documento di viaggio per il minore che ha portato al suo distacco dalla coppia, rilevando una violazione degli articoli 3 e 8 della Convenzione.

Con riguardo alla prima questione la Corte valuta il cambiamento nella situazione concreta, cioè l' avvenuto rilascio

del documento di viaggio al minore e dichiara che è venuta meno la ragione del contendere.

Quanto al secondo punto, la separazione tra genitori committenti e bambino che avrebbe portato alla lesione dell'articolo 8 , la Corte è d'accordo che il diniego delle autorità competenti a rilasciare il documento che permettesse al minore di recarsi in Belgio con i genitori "committenti" costituisca una interferenza nella gestione della loro vita privata e familiare, ma tale ingerenza deve essere bilanciata con l'interesse dello stato a perseguire uno scopo legittimo previsto dalla legge, cioè la prevenzione del crimine e la tratta di esseri umani.

Per quanto concerne la discussione intorno all'utilità in una società democratica dell'ingerenza dello stato in questioni private, la Corte lascia ampio margine di discrezionalità agli stati, soprattutto in materie, come quella in questione, che toccano l'etica e la morale.

“.60. Par ailleurs, à l'instar du Gouvernement, la Cour est d'avis que les requérants pouvaient raisonnablement prévoir – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – la procédure à laquelle ils seraient confrontés afin de 12 Décision D. et autres c. Belgique faire reconnaître la filiation et afin de faire venir l'enfant en Belgique. À cet égard, la Cour relève que les

requérants étaient conseillés par un avocat belge ainsi qu'un avocat ukrainien qu'ils avaient consultés préalablement à leurs démarches. De plus, les juridictions belges s'étaient déjà prononcées dans des affaires semblables (voir paragraphes 22 et 23, ci-dessus). Les requérants devaient ainsi savoir que les démarches pour obtenir les documents nécessaires à l'obtention d'un document de voyage pour l'enfant A. et le traitement de leur demande à cet effet engendreraient forcément un certain délai.

61. La Cour relève également que l'État belge ne saurait être tenu pour responsable de la difficulté, pour les requérants, de séjourner en Ukraine plus longtemps, voire pendant toute la période pendant laquelle la procédure était pendante devant les juridictions belges. La Cour constate d'ailleurs que les requérants se sont déplacés régulièrement afin de passer du temps avec l'enfant A. et que cela n'a été empêché par aucune autorité. “

La Corte non obbliga quindi gli stati a consentire l'accesso all'interno dei propri confini a bambini nati mediante maternità surrogata senza porre in essere gli accertamenti e controlli previsti dalla legge nazionale.

59. “La Cour estime en effet que la Convention ne saurait obliger les États parties à autoriser l’entrée sur leur territoire d’enfants nés d’une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques pertinentes.”

Nel caso specifico il ricorso è rigettato perché il Belgio non può essere ritenuto responsabile dell’impossibilità, secondo la legge locale, di rimanere nello stato ucraino ed è dei genitori la colpa di non aver fornito nei tempi idonei la documentazione che accertasse il legame genetico col padre, circostanza che ha portato ad un allungamento dei tempi procedurali.

La Corte ha quindi rigettato il ricorso affermando che il Belgio ha agito all’interno dei limiti di discrezionalità lasciati ai singoli stati.

63.” En conclusion, la Cour estime que l’État belge a agi dans les limites de la marge d’appréciation dont il bénéficie en refusant – jusqu’au 31 juillet 2013 – d’autoriser la venue de l’enfant A. sur le territoire belge. 64. Dès lors, le grief tiré de l’article 8 est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l’article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.”



## **2.2 La giurisprudenza della Corte di Giustizia**

### **2.2.1 Le sentenze *C.D. contro S.T. e Z. contro A Government department and The Board of management of a community school***

Un problema che la Corte di giustizia si è trovata ad affrontare riguarda il diniego alle madri committenti del congedo lavorativo di maternità e il conseguente ricorso di queste.

Le cause in esame sono la C-167/12 C.D. contro S.T. e C-363/12.

Nel primo caso la signora D è un'impiegata in ospedale nel Regno Unito ed ha stipulato un contratto di surrogazione di maternità con un'altra donna in rispetto del diritto britannico, prevedendo la nascita di un figlio concepito mediante spermatozoi del suo compagno e l'ovocita di una donna terza che, secondo la legge britannica sulla gestazione per conto di terzi, viene giuridicamente riconosciuto figlio della coppia committente.

Il datore di lavoro della donna si rifiuta di concederle il congedo di maternità dovuto nei casi di adozione di minore e la donna ricorre di fronte all' Employment Tribunal di Newcastle, che

pone in essere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendo se un simile rifiuto sia contrario alla direttiva sulle lavoratrici gestanti<sup>56</sup> o se esso costituisca una discriminazione fondata sul sesso o sull'handicap (discriminazioni vietate, rispettivamente, dalla direttiva 2006/54/CE<sup>57</sup> e dalla direttiva 2000/78/CE<sup>58</sup> ).

Lo Human Fertilisation and Embryology Act del 2008 stabilisce che il giudice possa emettere, qualora ricorrano particolari circostanze, un provvedimento che riconosca la potestà genitoriale su un minore, qualora la gravidanza sia stata portata a termine da una donna diversa dalla richiedente; tuttavia, non fa espresso riferimento alla concessione di un congedo di maternità per la madre committente che si è avvalsa della “locatio ventris” ed il datore di lavoro, valutando i requisiti del caso concreto nega il congedo affermando che la donna non gli ha fornito alcun “matching certificate” che dimostrasse il legame tra il genitore adottivo ed il minore adottando.

---

<sup>56</sup> Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE) (GU L 348, pag. 1).

<sup>57</sup> Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (GU L 204, pag. 23).

<sup>58</sup> Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303, pag. 16).

Con riguardo alla Direttiva 92/85 CEE sulle lavoratrici gestanti fa obbligo agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché le lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, considerate come un gruppo esposto a rischi specifici, fruiscano di un congedo di maternità di quattordici settimane ininterrotte, suddivise prima e/o dopo il parto, come stabilito nelle leggi nazionali.

La Corte conclude per la non estensione del congedo alle madri committenti che abbiano fatto ricorso alla surrogazione e che quindi siano divenute madri senza essere state incinte e aver partorito, neanche nel caso in cui allattino il bambino.

Il punto focale è costituito proprio dal parto, dato che “[s]iffatto congedo (...) è inteso a garantire, da un lato, la difesa della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza e, dall’altro, la protezione delle particolari relazioni tra la donna e il suo bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto, evitando che dette relazioni siano turbate dal cumulo degli oneri derivanti dal contemporaneo svolgimento di un’attività lavorativa”<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Sentenza C-167/12 Corte di Giustizia par.34

Tuttavia, la Corte aggiunge che, poiché la direttiva persegue l'obiettivo di stabilire prescrizioni minime per proteggere le lavoratrici gestanti, gli Stati favorevoli(par.40 e 41).

membri sono liberi di applicare alle madri committenti disposizioni più favorevoli.

Con riguardo alla seconda violazione, relativamente alla direttiva 2006/54/CE sulla parità tra uomini e donne in materia di occupazione, la Corte ha ritenuto che negare il congedo di maternità alla madre “committente” non costituisca una discriminazione diretta basata sul sesso in quanto neanche il “padre committente” ha diritto ad un congedo parentale retribuito equiparabile al congedo di maternità ma neanche indiretta dato che il diniego nei confronti della signora C.D non sfavorisce in modo particolare i lavoratori di sesso femminile rispetto ai lavoratori di sesso maschile (par 49).

“Ora, riguardo alla discriminazione indiretta così prevista all'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/54, si deve constatare che nessun elemento del fascicolo di causa consente di concludere che il rifiuto del congedo de quo sfavorirebbe in modo particolare i lavoratori di sesso femminile rispetto ai lavoratori di sesso maschile.

Di conseguenza, il rifiuto di riconoscere un congedo di maternità a una madre committente quale la sig.ra D. non costituisce una discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2006/54.

Tale conclusione è stata raggiunta anche nella sentenza C-363/12 Z. contro A Government department and The Board of management of a community school, anche se questo caso presenta alcune differenze dal precedente.

In Irlanda i contratti di surrogazione di maternità non hanno una disciplina giuridica quindi l' Equality Tribunal irlandese ha posto il rinvio alla Corte.

Il caso nasce dal rifiuto del consiglio di amministrazione della scuola presso cui lavora la sig.ra Z come docente di concederle un congedo retribuito per maternità in seguito alla nascita del figlio mediante contratto di surrogazione.

La ricorrente riteneva di essere stata soggetta a discriminazione in base non solo al sesso, ma anche all' handicap, essendo priva di utero.

La Corte nella sentenza afferma che la direttiva 2000/78 che vieta qualsiasi discriminazione basata sull' handicap in materia di occupazione e di lavoro, non contiene la definizione di

handicap, ma questa “dev’essere intesa nel senso che si riferisce a una limitazione, risultante in particolare da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori” 60.

La Corte osserva che sicuramente l’incapacità di procreare possa provocare grande sofferenza per la donna, ma la nozione di handicap “si riferisce non soltanto ad un’impossibilità di esercitare un’attività professionale, ma altresì ad un ostacolo a svolgere una simile attività (...) su base di uguaglianza con altri lavoratori”<sup>61</sup> e, l’incapacità di procreare naturalmente non costituisce di per sé, in via di principio, un impedimento per la madre committente ad accedere a un impiego, a svolgerlo o ad avere una promozione.<sup>62</sup>

Non rientra quindi, l’impossibilità di concepire, nel concetto di handicap e nell’ambito di applicazione della direttiva 2000/78.

Nonostante queste aperture al tema della surrogazione di maternità provenienti dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e dal Consiglio d’Europa, il Parlamento Europeo nella

---

<sup>60</sup> Sentenza C-363/12 Corte di Giustizia par.76

<sup>61</sup> Sentenza C-363/12 Corte di Giustizia par 77-80

<sup>62</sup> Sentenza C-363/12 Corte di Giustizia par 79-81

Risoluzione del 17 dicembre 2015 sulla “Relazione sui diritti umani e la democrazia nel mondo” ha votato favorevolmente, in composizione plenaria, in ordine all’approvazione dell’emendamento dell’eurodeputato Miroslav Mikolasik.

Al paragrafo 115 del capitolo che riguarda i *Diritti delle donne e delle ragazze* si affronta il tema della *surrogacy* sul quale il Parlamento, benché vi siano state voci discordanti dato il forte collegamento del tema con i principi etici e morali, si è così espresso: «Il Parlamento Europeo condanna la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce; ritiene che la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l’uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani».

Prima ancora della decisione dell’Europarlamento si erano già espresse favorevolmente a maggioranza tre commissioni: Affari esteri, Sviluppo, Diritti della donna e parità di genere.

Viene però bocciato un’ altro emendamento proposto dall’eurodeputato che faceva riferimento alla necessità di

«chiari principi e strumenti legali internazionali per l'affrontare le questioni relative alla maternità surrogata allo scopo di prevenire l'abuso di diritti umani come lo sfruttamento delle donne e il traffico di essere umani, e la protezione di diritti, interessi e benessere dei bambini», chiedendo quindi una regolamentazione della maternità surrogata.

E' questo un tema dibattuto in molti stati dell'Unione ed in alcuni è già permessa e regolamentata, come nel Regno Unito che permette i contratti di surrogazione purchè non vi sia un corrispettivo economico, mentre in Norvegia e in Austria il divieto alla *surrogacy* è stabilito per i casi in cui l'ovocita non appartiene alla donna che mette a disposizione l'utero.



## **CAPITOLO III**

### **La normativa italiana in tema di maternità surrogata**

#### **3.1 La maternità surrogata nella legge 40/2004**

In Italia la surrogazione di maternità, così come tutte le tecniche di procreazione medicalmente assistita, sono disciplinate dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40.

Con l'espressione "procreazione medicalmente assistita" (PMA) la legge 19 febbraio 2004 n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), si riferisce a quel fenomeno comunemente conosciuto con il nome di "fecondazione artificiale", che può essere sinteticamente definito come l'insieme delle tecniche mediche che consentono di dare luogo al concepimento di un essere umano senza la congiunzione fisica di un uomo e di una donna, operando all'interno (fecondazione artificiale intracorporea o in vivo) oppure al di fuori (fecondazione artificiale extracorporea o in vitro o, come si dice più comunemente, *in provetta*) delle vie

genitali della donna e impiegando gameti appartenenti alla stessa coppia che si sottopone alle tecniche (fecondazione omologa) oppure provenienti in tutto o in parte da donatori esterni (fecondazione eterologa)<sup>63</sup>.

La maternità surrogata rientra sicuramente tra le tecniche di PMA (Procreazione Medicalmente Assistita), ma ha una peculiarità tale da rendere necessaria una disciplina a parte, è infatti costituita da due momenti essenziali: la fecondazione artificiale propriamente detta che può essere tanto omologa quanto eterologa e la ulteriore *locatio ventris*.

Questa impostazione è confermata proprio dalla legge 40/2004 che ha permesso il ricorso alle tecniche di PMA omologa, ma ha sancito due divieti in distinte disposizioni: il divieto di tecniche di PMA eterologa contenuto nell'art. 4, co.3<sup>64</sup>, recentemente dichiarato illegittimo dalla sent. 162 del 2014 della Corte Costituzionale e il divieto di surrogazione di maternità contenuto nell'art.12 co.6, il quale punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di

---

<sup>63</sup> M. Faccioli, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto*, 2007

<sup>64</sup> Art. 4 co.3 legge 40/2004 “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”.

euro “chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza ... la surrogazione di maternità”).

Il divieto esistente nel nostro paese ha fatto sì che si diffondesse il fenomeno del cd.”Turismo procreativo”, per cui coppie impossibilitate a procreare per sterilità della donna o impossibilità di portare a compimento la gestazione si rivolgono verso paesi in cui il contratto di maternità surrogata è considerato legale.

Ma non solo, le tecniche di maternità surrogata consentirebbero anche a coppie omosessuali di avere figli biologici. Si può quindi affermare che “L’individuazione delle moderne tecniche procreative, ed in particolare della maternità surrogata, ha permesso di risolvere numerose ipotesi di sterilità, ma ha anche innescato un processo di progressiva apertura verso nuovi modelli culturali e familiari”<sup>65</sup>, aprendo le porte a nuove configurazioni familiari.

Negli stati in cui è considerata legale la procreazione mediante maternità surrogata (Repubblica Ceca, India, Canada, Regno Unito, Grecia, Irlanda) viene riconosciuto valore giuridico al rapporto che si instaura tra i genitori committenti e la madre

---

<sup>65</sup> G.Batia “Il contratto di maternità surrogata. Riflessioni sul primo caso italiano e considerazioni sullo stato legislativo italiano.”

biologica che accetta, per solidarietà (come avviene in Inghilterra) o per denaro, di partorire il bambino e cederlo ai genitori committenti rinunciando ad ogni diritto su questo.

La disciplina del tema della maternità surrogata nell'ordinamento italiano è riconducibile alla legge 40/2004 che all'art.1 afferma la finalità per cui è stata concepita.

#### ART.1

*(Finalità).*

1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.

Secondo la legge 40, l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita è consentito alle coppie maggiorenni sterili di sesso diverso, in età potenzialmente fertile, coniugate o conviventi, entrambi viventi ed inoltre l'impossibilità a procreare per

sterilità o infertilità della coppia deve essere accertata da un medico.

La legge 40/2004 sancisce anche il divieto di fecondazione eterologa, tema strettamente connesso alla surrogazione di maternità che può consistere in una “surrogazione per sola gestazione”, in questo caso si parla di donazione, se a titolo gratuito, o affitto d’utero, se a titolo oneroso, o in una “surrogazione per gestazione e concepimento”.

Quest’ultimo caso consiste necessariamente in una surrogazione eterologa in quanto la madre surrogata o “portante” mette a disposizione i propri ovuli affinché siano fecondati con il seme del partner maschio della coppia committente.

La surrogazione per sola gestazione, al contrario, può dare vita sia ad una fecondazione omologa, nel caso in cui la madre portante accolga un embrione formato dai gameti forniti dai genitori naturali, o eterologa, se l’embrione che deve essere impiantato nasce dall’incontro tra il gamete di un membro della coppia committente e quello di una ova donatrice o di un donatore.

Quindi l’istituto della surrogazione di maternità è sicuramente distinto dalle tecniche di fecondazione eterologa, potendo configurare un’ipotesi di PMA eterologa ma anche omologa.

In teoria potrebbe addirittura derivare da un'ipotesi di procreazione naturale nel caso in cui la moglie infertile consentisse al proprio partner di avere rapporti sessuali con un'altra donna, la quale si impegnasse a portare a termine la gravidanza così ottenuta ed a consegnare il bambino ai due coniugi, anche se con lo sviluppo di tecniche di PMA quest'ipotesi sembra essere residuale.

Il divieto di surrogazione di maternità con metodo eterologo è disciplinato all'interno della legge 40/2004, oltre che nell'art.12 comma 6, anche nell'art. 4 comma 3: "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

La legge in esame ha subito molte modifiche tra cui la sentenza 162/2014 della Corte Costituzionale che ha dichiarato incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa per violazione degli articoli 2,3,13,32 Cost. in linea con quanto affermato dalla Corte di Strasburgo nel 2009 secondo la quale tale divieto comportava la violazione degli articoli 8 (libertà scelte nella vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU.

### **3.2 La maternità surrogata come ‘atto di disposizione del proprio corpo’**

Come precedentemente detto, la maternità surrogata consiste concretamente nel mettere il proprio corpo a disposizione di altri affinché soddisfino il loro desiderio di diventare genitori.

E quindi necessario operare un riferimento all’ articolo 5 c.c.<sup>66</sup> laddove stabilisce che “gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume”, affermando di conseguenza la liceità degli atti di disposizione del proprio corpo, con gli unici limiti del non cagionare una diminuzione permanente dell’integrità fisica e del non essere contrari alla legge, all’ordine pubblico, al buon costume.<sup>67</sup>

La norma in esame nasce dalla commistione di due punti di vista e prospettive diverse, la prima di stampo liberal-individualista che sostiene la possibilità di disporre liberamente del proprio

---

<sup>66</sup> M. Giorgianni esclude che l’accordo tra i soggetti che prendono parte ad un accordo di surrogazione di maternità possa ricadere nell’ambito di applicazione dell’articolo 5 c.c. e del 1321 c.c., norme che sanciscono la giuridicità dei rapporti e l’azionabilità delle pretese che da tali accordi derivano.

<sup>67</sup> M. Dogliotti, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in Rass. Dir. Civ. 2, 1990, p.241, afferma: “Il potere di disposizione sul proprio corpo trova il suo fondamento a contrario nell’art. 5 c.c., che , vietando gli atti di disposizione su di esso, quando cagionino una diminuzione permanente dell’integrità fisica o quando siano altrimenti contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume, implicitamente riconosce la liceità di tutti gli altri atti di disposizione”.

corpo; la seconda di stampo pubblicistico, il cui scopo è, invece, quello di limitare la libertà di disposizione del proprio corpo “in funzione non tanto della salute o dell’integrità fisica in sé considerata quanto piuttosto della salvaguardia di certi aspetti del corpo visti come strumentali rispetto al perseguimento di determinate finalità di carattere pubblico, in conformità con le dominanti concezioni fasciste”<sup>68</sup>.

Il panorama normativo a cui fare riferimento per attribuire una specifica rilevanza al valore dell’integrità fisica si arricchisce molto con la Costituzione che fa rientrare nei diritti inviolabili dell’uomo la vita biologica e l’integrità fisica<sup>69</sup>.

Quindi il tema va affrontato tenendo conto di alcuni principi fondamentali contenuti nell’articolo 2 (tutela dei diritti fondamentali dell’individuo), nell’articolo 3.2 (rimozione di ogni ostacolo allo sviluppo della personalità dell’individuo), nell’articolo 32 (tutela della salute) e nell’articolo 13 (tutela della libertà personale).

La Costituzione identifica, quindi, la persona come costituita di un’unità psico-fisica inseparabile<sup>70</sup>, ed in quest’ottica il potere di

---

<sup>68</sup> M.C. Cherubini, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in AA.VV, *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli e U.Breccia, p. 76

<sup>69</sup> Così rileva C. D’Arrigo, *Autonomia privata e integrità fisica*, p. 27

<sup>70</sup> I. Corti *La maternità per sostituzione*, p. 186



decidere del proprio corpo può essere definito come la “libertà di disporre, lo strumento di attuazione dello sviluppo della personalità dell’individuo: il corpo dunque non come oggetto autonomo e separato dalla persona, ma come elemento inscindibile di essa”<sup>71</sup>, non riconducibile ad un diritto di proprietà né ad un diritto personale.

Per integrità fisica non possiamo quindi intendere la semplice mancanza di menomazioni fisiche che mal si concilia con la concezione personalistica della Costituzione, ma può essere descritta come la “condizione essenziale della persona, tutelata in sé per sé come interesse del singolo al godimento del proprio organismo nella sua interezza e sanità al fine di una migliore attuazione della personalità e a garanzia della propria dignità e non strumentalmente per la realizzazione di interessi economici e/o di doveri pubblici quali la procreazione e la difesa dello stato”<sup>72</sup>.

Il diritto che trova tutela primaria è quello di esplicazione della propria personalità che consiste nella possibilità per il singolo di “fare scelte che, seppur collidenti con l’interesse alla

---

<sup>71</sup> M. Dogliotti, *Inseminazione artificiale e rapporto di filiazione*, in *Giur. Ital.*, 1992, I, sez. II, 77

<sup>72</sup> P. D’Addino Serravalle, *op. cit.*, p. 200

conservazione dell'integrità, corrispondono alla migliore attuazione della personalità”<sup>73</sup>.

Gli atti di disposizione del proprio corpo hanno tutela costituzionale, garantita mediante l'articolo 13, infatti, concedere la libertà personale ad un individuo significa assicurargli la libertà di autodeterminarsi nelle proprie scelte, libertà che può essere limitata solo se confliggente con la tutela di interessi di rango pari o superiore<sup>74</sup>.

Tale principio di libertà del soggetto è confermato dall'articolo 32 che limita i casi di trattamenti sanitari obbligatori, cercando di operare un bilanciamento tra interessi del singolo e collettivi. Attribuire rilevanza costituzionale alla libertà di disporre del proprio corpo significa anche che questa può essere limitata nel caso confligga con interessi di rango superiore ritenuti prevalenti.<sup>75</sup>

In realtà “in questa prospettiva sono destinati ad essere infranti sia il limite massimo di liceità rappresentato dalla diminuzione permanente dell'integrità fisica potendo sussistere atti che con tale limite contrastano considerati comunque meritevoli, come, per converso, possono essere non più ritenuti meritevoli di tutela

---

<sup>73</sup> P. D'Addino Serravalle, *op. cit.*, p.124

<sup>74</sup> G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, p. 13

<sup>75</sup> R. Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto “attivo” ed in quello “passivo”*, cit., p. 573.

atti che invece sembravano facilmente rientrare entro i limiti dell'art. 5 in quanto non attuativi o addirittura contrastanti con il valore della personalità e della dignità. E' lo stesso schema dell'art.5 che vacilla per più versi.”<sup>76</sup>

### **3.2.1 I limiti al potere di disporre del proprio corpo in relazione alla surrogazione di maternità**

La cessione del proprio utero per portare a termine una gravidanza per conto di un' altra donna costituisce certamente un'ipotesi di atto di disposizione del proprio corpo, c'è da fare però una distinzione tra l'ipotesi in cui la donna “presti” il proprio utero da quella in cui oltre a ciò doni anche i propri ovuli.

Il limite ultimo stabilito dall' art. 5 all' esercizio di tale diritto, consiste, come già detto, nel non cagionare una diminuzione permanente dell'integrità fisica e nel non essere contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

Ponendo tali effetti in relazione al portare a termine una gravidanza, la dottrina maggioritaria ritiene che, sebbene sia un

---

<sup>76</sup> V. Rizzo, *Atti di “disposizione” del corpo e tecniche legislative*, in Rass. Dir. Civ., 1989, p. 626

periodo complesso ed impegnativo della vita della donna, non comporti il superamento dei limiti stabiliti dall'art.5 c.c., anzi, può addirittura essere considerato come un momento di importante crescita per la donna.<sup>77</sup>

Inoltre, non sembra corretto valutare la liceità degli accordi di surrogazione basandosi su questo criterio, vista la possibilità di donazione di organi inter vivos, anche se parte della dottrina sembra essere in disaccordo<sup>78</sup>.

In dottrina si ritiene che, con riguardo all'altro problema, ovvero la contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume, l'atto di disposizione che riguarda il tema in questione contrasti con gli articoli 269, 3° comma c.c. e 248 c.c. per quanto riguarda l'ambito civile, e con l'articolo 567 del codice penale.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, cit., p. 155; anche Trib. Monza 27 ottobre 1989, in *Foro*, cit., p. 298

<sup>78</sup> A. La Torre, "presentare poi l'atto di disposizione del proprio corpo come un mero 'prestito d'organo' al fine di rimpicciolirne la portata nel confronto con a pure ammessa possibilità (per legge) della 'della donazione di organi tra soggetti vivi' è un argomento di assai fragile consistenza. Non giova anzitutto minimizzare la datio corporis sotto l'aspetto anatomico, poiché, (...) la lesione che conduce alla illiceità del contratto riguarda non tanto la 'integrità fisica' del corpo, quanto piuttosto la 'contrarietà giuridica' dell'ordinamento. E meno ancora giova il confronto con fattispecie legislativamente definite, come quella concernente il 'trapianto di rene tra persone viventi' di cui alla l. 26 giugno 1965 n. 458. Se a questa legge, come sembra, s'intende alludere, non è casuale, che essa, proprio con la formula di apertura dell'art. 1, abbia avvertito la necessità di giustificare l'eccezione alla regola: 'in deroga al divieto di cui all'art. 5 c.c., è ammesso disporre a titolo gratuito del rene al fine del trapianto tra persone viventi', per poi regolarne nei dettagli contenuto, modalità e limiti. Il confronto semmai è per ammonire che, se rientra nella potestà del legislatore introdurre deroghe o eccezioni a una norma imperativa, non altrettanto è consentito al giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale."

<sup>79</sup> M. Sesta, *Commento* a Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Corriere giuridico*, 2000, p. 491

Tale orientamento non è del tutto condivisibile, innanzitutto in relazione alla contrarietà con l'ordine pubblico è necessario fare una ulteriore valutazione riguardante gli interessi della madre sostituta, cioè se il soggetto in esame mette a disposizione il proprio corpo per spirito di solidarietà verso un'altra donna o se lo fa in cambio di un compenso, quindi con scopo di lucro aprendo le porte a possibili scenari di sfruttamento di donne in condizioni non abbienti.

Nel primo caso è difficile riscontrare una violazione dei principi difesi dalla Costituzione, al contrario il comportamento in esame sembra ottemperare ai valori in essa contenuti, in particolar modo nell'articolo 2 che enuncia il dovere di solidarietà,<sup>80</sup> laddove invece, l'atto di disposizione del proprio corpo avvenisse per uno scopo economico, si porrebbe sicuramente in contrasto con l'ordine pubblico violando il principio di dignità della persona garantito dalla Costituzione stessa.

Facendo riferimento al codice deontologico dei medici e al parere del Comitato nazionale di bioetica in materia di procreazione assistita, l'opinione prevalente che rispecchia la coscienza sociale sembra optare per opporsi alla surrogazione di

---

<sup>80</sup> Art. 2 Costituzione: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

maternità indipendentemente dall'assenza o meno di un corrispettivo economico.

Le disposizioni contenute nel codice deontologico, laddove vietano la maternità surrogata, vincolano solo i medici, ma sono comunque espressione del comportamento etico e morale che viene loro richiesto.

Nella realtà concreta il tema della surrogazione di maternità, come tutte le questioni relative alla bioetica, difficilmente portano ad un comune sentire dovuto all'influenza di fattori religiosi e culturali.

### **3.3 Quadro comparatistico della disciplina della surrogazione di maternità a livello europeo**

Nel Regno Unito troviamo una disciplina dei contratti di maternità surrogata nel *Surrogacy Arrangements Act* del 1985, che consente di stipulare tali accordi necessariamente tra i genitori committenti e la madre surrogata, ma, solo con la condizione che ciò avvenga a titolo gratuito (par 2 comma 1 e 3)<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup>La section 2(3) del *Surrogacy Arrangement Act 1985* dispone che «*For the purposes of this section, a person does an act on commercial basis if: a) any*

A tal proposito il comma 2 del paragrafo 2 sanziona chiunque ponga in essere una attività di intermediazione o commerciale sfruttando economicamente la pratica di surrogazione, rientrando in quest'ambito anche medici, avvocati che ricevono un compenso per i loro servizi.

Fa eccezione al divieto di *commercial bases* la possibilità di dare alla madre surrogata una sorta di compenso per la sua attività: *“payment does not include payment to or for the benefit of a surrogate mother or prospective surrogate mother.”*

Tale atto legislativo si pone in contrasto con il documento che l'ha preceduto e preparato, il Warnock Report, che si era invece espresso in direzione opposta, suggerendo di ritenere illegali tutti gli accordi di surrogazione di maternità.

Il terzo comma della legge vieta le forme di pubblicità per la ricerca di donne che siano disposte a prestare il proprio utero e le attività di intermediazione finalizzate a concludere tali

---

*payment is at any time received by himself or another in respect of, or b) he does it with a view to any payment being received by himself or another in respect of making, negotiating or facilitating the making of, any surrogacy agreement. In this subsection 'payment' does not include payment to or for the benefit of a surrogate mother or prospective surrogate mother».* In ogni caso, sia la madre gestazionale, sia i committenti sono esonerati tuttavia da ogni responsabilità (secondo la section 2(2) del Surrogacy Arrangement Act 1985 *«A person who contravenes subsection (1) above is guilty of an offence; but it is not a contravention of that subsection a) for a woman, with a view to becoming a surrogate mother herself, to do any act mentioned in that subsection or to cause such an act to be done, or b) for any person, with a view to a surrogate mother carrying a child for him, to do such an act or to cause such an act to be done»*).

accordi, unendo anche coloro che partecipino in modo indiretto alla pubblicità, come il proprietario del mezzo di comunicazione o colui che la distribuisce. Tali limiti si applicano anche agli accordi che siano colpiti da nullità assoluta e non vengano quindi posti in essere per garantire alla madre surrogata e al minore un livello minimo di tutela.<sup>82</sup>

Il Surrogacy Arrangements Act è posteriore e quindi fortemente influenzato dal Rapporto Warnock (Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology), che è stato elaborato per dare una regolamentazione al problema della ricerca sull'embrione da parte della Commissione di indagine sulla fecondazione ed embriologia, creata dal governo britannico proprio a tal scopo.

Nella legge inglese la maternità surrogata viene definita come un metodo che costituisce una valida soluzione alla sterilità di coppia e come tale deve essere attentamente presa in considerazione.

E' infatti l'unica alternativa per una coppia sterile che desideri un figlio che presenti una connessione biologica con almeno uno dei genitori e, se da un lato può essere obbiettato che tale pratica costituisca una forma di sfruttamento del corpo della donna e

---

<sup>82</sup> Cfr. A.B Faraoni "*La maternità surrogata*" p.106



che leda la sua dignità, dall'altro può essere vista come un atto di generosità posto in essere consapevolmente da una donna verso un'altra.

Lo status giuridico del minore nato mediante surrogazione è regolamentato dallo Human Fertilisation and Embryology Act, in vigore dal 1990, che, all'articolo 30 dichiara il nato come figlio legittimo della coppia committente e lascia alle autorità competenti il controllo della regolarità del contratto posto in essere.

Se tale regolarità viene accertata al momento della consegna del minore da parte della madre surrogata ai genitori committenti, il Tribunale emette contestualmente un'ordinanza che regolarizza la situazione giuridica del minore.

La validità del contratto di surrogazione è sostanzialmente legata al rispetto dei requisiti di gratuità e consensualità.

In Spagna e Francia la situazione è simile a quella italiana, essendo previsto un divieto espresso, in Francia dalla legge 94/653 del 29 luglio 1994 e in Spagna dalla legge n° 35 del 22 novembre 1988 (Tecnica de Reproducciòn Assistida), di porre in essere pratiche di surrogazione di maternità e l'attribuzione all'evento parto della capacità di attribuire i diritti materni: *“si attribuisce alla maternità di gestazione il rango più elevato, per*

*lo stretto rapporto psicofisico col futuro discendente durante i nove mesi di gravidanza”.*

La stessa visione è adottata dallo stato tedesco che, con la legge Embryonenschutzgesetz del 13 dicembre 1990 punisce con la reclusione fino a tre anni *“chi effettua una fecondazione artificiale o trasferisce un embrione umano in una donna (madre sostituta) disposta a cedere dopo la nascita il figlio in via definitiva a terzi”*. Ugualmente in Svezia gli accordi di surrogazione sono vietati dalla legge 711 del 14 giugno 1988 che tratta di *“fecondazione all’esterno del corpo”* perché considerati contrari ai principi su cui si basa la legge svedese dato che si fondano sul fatto che *“una persona diversa dalla futura madre eserciti già un controllo sul bambino nella fase di gestazione”*<sup>83</sup>, ponendosi in contrasto con le norme che regolano l’adozione di minori.

In Austria la pratica è vietata in modo implicito dall’articolo 3 della *“Legge federale di introduzione di norme sulla riproduzione assistita”*<sup>84</sup>, laddove stabilisce che *“possono essere utilizzati per la riproduzione assistita esclusivamente ovociti e spermatozoi del coniuge o del convivente”* e *“ovociti e cellule in*

---

<sup>83</sup> Ministero della Sanità Svedese, Relazione *“Maternità surrogata”*, 1988

<sup>84</sup> Legge n°293 del 1 luglio 1992

*grado di svilupparsi possono essere utilizzati esclusivamente nella donna dalla quale provengono”.*

Incrimina inoltre chiunque ponga in essere un’attività di intermediazione per *“reperire persone disposte a far introdurre nel proprio corpo sperma, ovociti o cellule in grado di svilupparsi al fine di una riproduzione assistita”*<sup>85</sup>.

La legge n°460 del 10 giugno 1997 in tema di fecondazione artificiale vieta la locatio ventris in Danimarca: *“non si può utilizzare la fecondazione artificiale, a meno che l’ovulo provenga dalla donna che deve partorire il bambino e che lo sperma provenga dal suo compagno”.*

Una posizione discordante con quella dello stato italiano è assunta dalla Grecia che con l’articolo 1458 della legge n°3089/2002 in tema di procreazione medicalmente assistita introduce nell’ordinamento greco la distinzione tra “concezione” e “gestazione” così stabilendo: *“il trasferimento nel corpo di un’altra donna di embrioni estranei ad essa e la gestazione da parte della stessa sono permessi, da un’autorizzazione giudiziaria rilasciata prima del trasferimento, se esiste un accordo scritto e senza compenso tra le persone che desiderano*

---

<sup>85</sup> Art. 22 co. 3 “Legge federale di introduzione di norme sulla riproduzione assistita”, 1 luglio 1992 n°293

*avere un figlio e la donna che lo darà alla luce ed il suo coniuge, se sposata. L'autorizzazione giudiziaria viene accordata in seguito alla richiesta della donna che desidera avere un figlio, se è provato che la gestazione è medicalmente impossibile e che la donna che si presta alla gestazione è idonea secondo il suo stato di salute".*

Quindi, come contenuto nell'articolo 1464: *"in caso di procreazione artificiale, e di gestazione da parte di un'altra donna secondo l'articolo 1458, è presunta madre del bambino la donna alla quale è stata concessa l'autorizzazione giudiziaria"*; dunque, in seguito all'ottenimento dell'autorizzazione giudiziaria la donna "committente" è considerata madre del bambino.

La donna che ha portato a termine la gestazione e concepito il bambino può esercitare un'azione contestante la maternità nel termine di sei mesi a partire dalla nascita, anche tramite un mandatario speciale o rappresentante legale.

Nel caso in cui l'azione venga accolta dal giudice, la donna gestante assume retroattivamente dalla nascita il ruolo di madre nei confronti del bambino.

Una precisazione rilevante è contenuta nell'articolo 8 della legge 3098 del 2002 nella parte in cui stabilisce che *"gli articoli*

*1458 e 1464 sono applicati solo al caso in cui la donna richiedente e la donna che porta avanti la gestazione hanno il domicilio in Grecia*”, disposizione che pone dei limiti al fenomeno del “turismo procreativo” che si sta diffondendo in Europa.

La maggior parte degli stati nello stabilire un divieto di surrogazione di maternità si basa sul principio del rispetto della dignità della persona e la tutela della vita e della salute umana che porta ad attribuire maggior importanza al valore della personalità di ogni individuo indipendentemente dal consenso prestato alla partecipazione ad un “processo procreativo.”<sup>86</sup>

Tuttavia, nonostante la chiusura esplicita da parte di molti stati, dato che la materia risulta fortemente influenzata dai costumi sociali e sessuali, i legislatori hanno lasciato una porta aperta a possibili soluzioni alternative<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> A.B Faraoni *op.cit* p.128

<sup>87</sup> D.Morgan, *La condizione di genitore e la regolamentazione della riproduzione* in C.M, *Una norma giuridica per la bioetica*, p.135

## **CAPITOLO IV**

### **Il riferimento delle Corti europee al criterio del prevalente interesse del minore nell'attribuzione della genitorialità**

#### **4.1 Il principio del *best interest of the child* negli ordinamenti di common law**

La giurisprudenza non ha dato soluzioni sempre concordanti in tema di affidamento del minore e attribuzione della genitorialità. Negli ordinamenti di *common law* il criterio in base a cui affidare il minore prescinde dalla validità degli accordi di surrogazione e dalla decisione sull'attribuzione della genitorialità.

Nonostante il criterio generale di *common law* per l'affidamento sia quello di attribuire la custodia del minore alla madre naturale, in tema di figli nati da maternità surrogata il principio che regola l'affidamento è quello del *best interest of the child*.

La giurisprudenza si è espressa in modo contrastante, in alcuni casi le *Courts of Appeals* hanno negato alla madre biologica la possibilità per il padre biologico di *access to child*, in *Re C.*, invece, la Corte ha accolto la domanda di custodia del padre e della madre committenti con la sentenza del giudice Latey: “First and foremost, and at the heart of the prerogative jurisdiction in wardship, is what is the best for the child or children concerned. That and nothing else. Plainly, the methods used to produce a child as this baby has been, and the commercial aspects of it, raise difficult and delicate problems of ethics, morality and social desirability. These problems are under active consideration elsewhere. Are they relevant in arriving at a decision on what now and, so far as one can tell, in the future is best for this child? If they are relevant, it is incumbent on the court to do its best to evaluate and balance them. In my judgment, however, they are not relevant. The baby is here. All the matter is what is best for her now that she is here and not how she is arrived. If it be said that because the father and his wife entered into these arrangements it is some indication of their unsuitability as parents, I should reject any such suggestion. If what they did was wrong (and I am not saying that it was) they did it in total innocence. It

follows that the moral, ethical and social considerations are for others and not for this court in its wardship jurisdiction”.

Un'altra sentenza rilevante è quella sul caso Re P che riguarda un accordo di surrogazione di maternità tra una donna che si offre come madre surrogata e un uomo sposato.

La donna viene inseminata artificialmente, ma, al termine della gravidanza, si rifiuta di consegnare il minore ai genitori “committenti” rivolgendosi, sia lei che la coppia in questione, alle autorità giudiziarie competenti.

Il giudice chiamato a decidere del caso, chiarisce che la sua decisione si basa sul principio della superiorità dell'interesse del minore rispetto alla validità o meno dell'accordo stipulato.

Si legge nella sentenza: “In this and in any other wardship dispute, the welfare of the children, or child, concerned is the first and the paramount consideration which the court must, by statute, take into account and this is what I do.”

Quindi il giudice, nonostante riscontrasse una superiorità materiale e intellettuale dei genitori committenti rispetto alla madre naturale, ritenne che affidare il minore a quest'ultima rispondesse meglio al *best interest of the child*.

Una situazione emblematica è descritta nel caso Baby M., in cui la Corte Suprema del New Jersey, nonostante sottolineasse la



nullità del contratto di surrogazione di maternità, decise per l'affidamento del minore al padre committente, facendo ancora una volta riferimento al *best interest of child* e concedendo alla madre naturale il diritto di visita.<sup>88</sup>

Il caso riguardava l'affidamento della piccola Melissa, concepita mediante fecondazione eterologa e contestuale *locatio ventris*, in quanto la donna che ha portato a termine la gravidanza con l'impegno di cedere il nascituro alla coppia committente con un compenso di 10.000 dollari, ha anche acconsentito all'utilizzo del proprio ovocita.

La donna in questione, aveva già avuto due figli in giovane età, ma, in seguito ad una vasectomia a cui era stato costretto il marito ha riscoperto la propria voglia di maternità mentre portava in grembo la bambina che avrebbe dovuto consegnare alla coppia committente, rifiutandosi di adempiere all'obbligo che aveva assunto.

La Corte ha affermato che l'interesse del minore è sempre prevalente rispetto all'esecuzione del contratto "poiché ci occupiamo in questo caso di un essere umano di appena un anno, poiché ci occupiamo come ha detto il custode *ad litem*, della cosa più preziosa ed unica su questa terra, una piccola,

---

<sup>88</sup> Corte Suprema del New Jersey, cit., 309

vulnerabile ed amabile bambina; si richiede che sia fatta un'indagine per accertare se il risultato di un tale ordine di esecuzione specifica salvaguardi l'interesse del minore.

Questa Corte ritiene che concedere l'esecuzione specifica del contratto di sostituzione dipenda dall'accertamento se far ciò vada incontro ai 'migliori interessi' della bambina".<sup>89</sup>

Il giudice per redigere questa sentenza fa riferimento alle parole di un esperto che durante il processo definì “ *the best interest of the child*” affermando che “esso si individua in base ad una valutazione di rispondenza delle concrete condizioni di vita del bambino a nove criteri fondamentali: se il bambino è voluto e programmato; equilibrio emotivo delle persone che vivono nell'ambiente domestico del bambino; equilibrio e tranquillità delle famiglie; capacità degli adulti di riconoscere e soddisfare le esigenze fisiche ed emotive del bambino; attitudine delle famiglie nei riguardi dell'educazione e loro capacità di stimolare e incoraggiare la curiosità e l'apprendimento; capacità degli adulti di prendere decisioni razionali; capacità degli adulti di inculcare nella vita del bambino attitudini positive su questioni concernenti la salute; capacità degli adulti di spiegare al bambino le circostanze della nascita con la minor confusione

---

<sup>89</sup> Corte Superiore del New Jersey, cit., 111

possibile e con il maggior sostegno emotivo; capacità e propensione degli adulti ad aiutare il bambino nei problemi che incontrerà nella sua esistenza.”

Il giudice Sorkow ritiene che questi requisiti siano meglio soddisfatti dai genitori committenti, inoltre, aggiunge che il padre non ha violato alcuna legge in quanto l’ esistenza di un corrispettivo in denaro non può essere considerato un atto di compravendita, essendo l’uomo il padre biologico della bambina e quindi “non può comprare quello che è già suo”,<sup>90</sup>

Un altro caso in cui l'interesse del minore prevale sulla nullità del contratto di surrogazione è *Re Evelyn*<sup>91</sup> che riguarda due coppie coniugate di amici, gli S. e i Q.

La coppia Q., a causa di sterilità della donna, aveva deciso precedentemente di adottare un bambino e in seguito al desiderio di un secondo figlio chiese alla signora S. di portare a termine una gravidanza per loro conto. Quest'ultima accettò per spirito solidaristico di essere artificialmente inseminata con il seme del signor Q. portando a termine la gravidanza nel Dicembre 1996 con la nascita di *Baby Evelyn*.

---

<sup>90</sup> “The father does not purchase the child. It is his own biological genetically related child. He cannot purchase what is already his”

<sup>91</sup> Family Court of Australia at Brisbane. Appeal n. NA 9 of 1998, date of judgement 29 July 1998

Entrambe le coppie vissero i primi momenti di vita della bambina e la signora S. venne registrata come madre e il signor Q. come padre, secondo le leggi vigenti in South Australia, e la bambina fu portata a casa dai genitori committenti residenti nel Queensland, come prestabilito.

Inizialmente l'accordo tra i genitori committenti e la madre naturale prevedeva di non interrompere i rapporti tra quest'ultima e la bambina, ma, in seguito ad alcune tensioni la madre naturale decise di volere con sé la bambina; si recò così nel Queensland e la portò via con sé. Le coppie proposero ricorso di fronte alla *Family Court* che in un primo momento si espresse per l'affidamento ai genitori committenti, attribuendo ai signori S. il diritto di visita. Quest'ultimi ricorsero in appello senza risultati positivi. La decisione definitiva fu presa nel 1997 quando la bambina aveva un anno e fu quella di affidarla alla madre sostituta e suo marito<sup>92</sup> concedendo ai signori Q. il diritto di visita e la Corte aggiunse che “the responsibility for her long-term care, welfare and development” doveva essere responsabilità di entrambe le coppie.

---

<sup>92</sup> Sentenza del caso *Re Evelyn*: la coppia S. deve avere “responsability for her day to day care, welfare and development”

Il giudice, nel motivare la sua sentenza, ribadì la nullità del contratto di surrogazione portando a sostegno della sua decisione il fatto che: “The paramount consideration remains the interest of the child”, visto che ritenne la madre naturale maggiormente idonea a risolvere le problematiche riguardanti la propria identità che la minore si sarebbe posta in futuro.

A nulla valse l'appello promosso dai signori Q. in ricorso alla High Court che respinse la richiesta.<sup>93</sup>

Da tutti questi casi si evince che il punto focale di ogni decisione per l'affido del minore nato mediante surrogazione di maternità negli ordinamenti di *common law* è sempre il *best interest of the child* ed emerge anche un altro elemento interessante: alla coppia a cui non viene riconosciuto l'affidamento generalmente viene però attribuito il diritto *to visit* il minore in questione.

Sembra, quindi, necessario e giusto per il minore mantenere un contatto con gli altri genitori, soprattutto se c'è stato un contrasto per l'affidamento.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Sul caso M. Outlowsky, *Re Evelyn-Reflection on Australian's First Litigated Surrogacy Case*, p. 38 e A. Stuhmcke, *Re Evelyn*, in *Australian Journal of Family Law*, 1998, 12, p. 297 s.

<sup>94</sup> Cfr. I. Corti “La maternità per sostituzione”

## **4.2 Il prevalente interesse del minore come fondamento delle decisioni delle Corti italiane**

Anche in Italia il criterio dell'interesse del minore è ritenuto rilevante come si evince dal richiamo fatto da molte norme del codice in materia di filiazione.<sup>95</sup>

Tuttavia vi sono decisioni che prescindono totalmente da esso, si veda la sentenza del 27 ottobre 1989 del Tribunale di Monza.

La vicenda giudiziaria riguarda i coniugi Valassina che avevano conosciuto una donna algerina da cui avevano appreso il fatto che in alcuni paesi fosse in uso la pratica di portare a termine la gravidanza per conto di terzi, in seguito ad inseminazione artificiale.

Proposero quindi alla donna un accordo di surrogazione di maternità in cambio di un corrispettivo.

Il contratto prevedeva che la donna algerina si sottoponesse ad inseminazione artificiale da parte del marito della donna committente, portasse a termine la gravidanza ed infine consegnasse il bambino ai genitori committenti, verso corrispettivo prestabilito. Durante la gravidanza la madre surrogata pretese notevoli integrazioni del corrispettivo ed in

---

<sup>95</sup> Il principio del prevalente interesse del minore è richiamato dagli artt. 155, 1° comma, 158, 2° comma, 250, 4° comma, 251, 2° comma, 252, 268, 284, 1° comma, 316, 5° comma, 317 bis, 330, 333, 411, 1° comma

seguito alla nascita della bambina si servì di lei per ricattare i genitori richiedendo altre somme di denaro con la minaccia di non tener fede al patto.

Inoltre la madre uterina teneva la bambina in pessime condizioni igieniche, in stato di abbandono affettivo e malnutrizione.

Di fronte a tale situazione, i genitori committenti citarono la donna di fronte al Tribunale di Monza chiedendo l'esecuzione coattiva dell'obbligazione assunta da quest'ultima.

La Corte si trovò di fronte una situazione complessa, dato che la riforma del diritto di famiglia del 1975 si basava sul presupposto che la nascita di un bambino potesse avvenire solo mediante la congiunzione carnale tra un uomo e una donna. La Corte analizzò il contratto e la sua liceità, ma nel nostro ordinamento “il contratto deve necessariamente realizzare un rapporto giuridico a contenuto patrimoniale”, e il giudice, così come l'etica sociale, “rifiuta di definire la prestazione della madre surrogata, come una *vendita* o una *concessione in godimento di beni del valore inestimabile*, quali la vita di un figlio e l'affetto di una madre.”<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> op. cit.

L'intervento di una terza persona nel processo procreativo mette in crisi i principi alla base dell'ordinamento italiano in tema di filiazione.

La Corte fa riferimento a norme costituzionali: l'articolo 30 comma 2, che pone in capo al legislatore e all'autorità pubblica il compito di predisporre gli interventi necessari a porre rimedio al mancato svolgimento, da parte dei genitori biologici, dei loro compiti cioè il dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli, l'articolo 31 comma 2 che inserisce la tutela del minore tra gli interessi costituzionalmente protetti e il combinato disposto degli articoli 2 e 30 della Costituzione, che viene interpretato nel senso che “assume un valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò ritenuto più idoneo, da ravvisarsi *in primis* nella famiglia di origine”.

In base all'analisi di tali principi il Tribunale di Monza affermò l'infungibilità dei doveri dei genitori biologici, il diritto del minore di crescere all'interno della famiglia di sangue, con l'unica eccezione di casi di oggettiva necessità, cioè di inadeguatezza o incapacità di quest'ultimi e sostiene l'inesistenza di un “diritto alla procreazione” tutelato dalla Costituzione, non



potendosi desumere da nessuna disposizione che il desiderio di avere un figlio sia elevato a diritto di rango costituzionale.

La Corte nelle motivazioni affermò che: “assumeva a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo, da ravvisarsi in primo luogo nella famiglia d’origine e, soltanto in caso d’incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva. L’articolo 30, 2° comma, Cost. prevede, infatti, il dovere del legislatore e dell’autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei compiti da parte dei genitori di sangue e cioè delle funzioni connesse al dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli.

Ne deriva il carattere funzionale del diritto dei genitori di sangue, che sta e viene meno in relazione alla capacità di assolvere i compiti previsti nel 1° comma dell’art. 30 Cost.: il carattere di effettività che deve rivestire l’assolvimento dei compiti stessi, non delegabili ad altri e, dunque, da svolgersi con impegno personale e diretto; infine, il carattere di adeguatezza che deve presiedere all’individuazione della famiglia sostitutiva, quando trovi applicazione l’art. 30, 2° comma, Cost..”

Tutte le asserzioni del Tribunale di Monza volgono a favore dell'invalidità del contratto di surrogazione in particolar modo il giudice a quo si sofferma “sulla inammissibilità, da un punto di vista morale e sociale, della commercializzazione di una funzione così elevata e delicata come la maternità.”<sup>97</sup>

In modo diverso si è espresso invece il Tribunale di Roma, in un caso il cui oggetto era il rapporto di surrogazione di maternità per fini solidaristici, in assenza di corrispettivo economico.

Il caso riguardava una donna affetta dalla sindrome di Rokitansky-Kuster, che comporta una malformazione dell'apparato genitale consistente nella mancanza dell'utero, ma lascia intatta la produzione di ovociti.

La coppia si rivolge ad una clinica per la fecondazione degli ovociti in provetta e, avendo la disponibilità di un'amica che si offre come madre surrogata per solidarietà verso la coppia, senza richiedere denaro in cambio, richiede al medico di trasferire gli embrioni nell'utero della donna amica.

In seguito al rifiuto del medico che fa riferimento al codice deontologico, nella parte in cui vieta l'accesso a pratiche di surrogazione di maternità, la coppia si rivolge all'autorità giudiziaria. Il 14 Febbraio 2000 il Tribunale civile di Roma,

---

<sup>97</sup> N. Ciccarelli. *Commento alla sentenza del Tribunale di Monza*

sezione XI, dispone l'autorizzazione a procedere alla fecondazione assistita, così affermando: “in un ottica che concepisce la società come un organismo in continua evoluzione, ove sia rispettata l'autorealizzazione individuale, deve essere riconosciuto, quale diritto fondamentale della persona, il diritto a diventare genitori e di valutare e decidere le scelte in relazione al bisogno di procreare, con la precisazione che lo status genitoriale può trovare completezza nell'adozione ma anche nella trasmissione del proprio patrimonio genetico, dovendosi, quindi, propendere in determinati casi, per la validità del contratto di sostituzione di maternità.

L'innovazione in campo genetico propone situazioni nuove e diverse nelle quali l'evento della nascita prescinde dall'accoppiamento, e nelle quali, quindi, la procreazione non è un fatto naturale e spontaneo, frutto dell'atto sessuale dell'uomo e della donna, risultando, pertanto, non esaustivo il rinvio ai principi generali ed alle norme dettate in materia di filiazione.

Il giurista attento alle dinamiche sociali non può disciplinare un evento riproduttivo inedito ricorrendo ai principi consolidati, ove essi non consentono una risposta soddisfacente, trascurando o negando le aspettative, degne di tutela, di soggetti che la scienza biomedica è idonea a soddisfare.

Non appare congruo, pertanto, ricorrere ad un modello rigido, prestabilito e predefinito dovendosi lasciare un più ampio spazio alle scelte individuali nel controllo che queste siano consapevoli e responsabili.

In un'ottica che concepisce la società come un organismo in continua evoluzione, ove sia rispettata l'auto-realizzazione individuale, deve essere riconosciuto, quale diritto fondamentale della persona, il diritto a diventare genitori e di valutare e decidere le scelte in relazione al bisogno di procreare, con la precisazione che lo status genitoriale può trovare completezza sia nella procreazione naturale, sia nell'adozione ma anche nella trasmissione del proprio patrimonio genetico.

Nel caso di specie la donna che vuole il bambino non può, per patologia strettamente collegata all'apparato genitale, affrontare la gravidanza che potrebbe risultare rischiosa.

In tale caso, che appare maggiormente degno di tutela, si ricorre alla cosiddetta "locazione d'utero" ove la coppia, si rivolge ad una donna perché porti avanti la gravidanza: l'embrione, ottenuto, quindi, in laboratorio con i gameti dei richiedenti verrà successivamente trasferito nell'utero della donna disponibile alla gestazione. Con la maternità di sostituzione si crea un profondo

mutamento nella dimensione antropologica e culturale della genitorialità.”

Ciò che distingue le due sentenze appena esaminate è l'assenza di corrispettivo economico nel caso romano, in cui il Tribunale riconosce dignità e tutela al comportamento di una donna che 'presta' il proprio utero ad un'altra, incapace di procreare, per pura solidarietà, senza alcuno scopo di lucro.<sup>98</sup>

In Italia la giurisprudenza è, quindi, discordante<sup>99</sup>: mentre il Tribunale dei minori di Roma accoglie la tesi della assoluta preminenza dell'interesse del minore nel determinarne l'affidamento, il giudice del Tribunale di Monza basa invece la sua decisione sulla nullità del contratto di surrogazione di maternità, affidando la bambina alla madre gestazionale, senza analizzare quale sia la migliore soluzione per la minore.

La dottrina pare concordare con l'interpretazione fatta dal Tribunale dei minori di Roma, in quanto, stante la nullità del contratto di surrogazione, una volta che questa viene posto in essere, quello che veramente rileva è riuscire a garantire al bambino una collocazione familiare che gli garantisca una

---

<sup>98</sup> Cfr. N. Ciccarelli. *Commento alla sentenza 14 febbraio 2000 del Tribunale di Roma*

<sup>99</sup> Sulla questione dell'attribuzione di maternità, G. Cassano, *Possibili fremiti di novità in tema di maternità surrogata*, §6, sostiene che: “la soluzione offerta per la determinazione della maternità potrebbe allora risiedere nel riconoscimento di tale status a colei che possiede più requisiti tra i tre possibili: maternità genetica, maternità uterina e maternità sociale”

corretta crescita psicologica e un armonioso sviluppo della personalità.<sup>100</sup>

Il principio del preminente interesse del minore è tutelato anche dalla Convenzione per i Diritti dell'infanzia del 1989 che, all'articolo 3, stabilisce che “in tutte le decisioni relative ai fanciulli/e, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative, l'interesse superiore del fanciullo deve essere un considerazione preminente”.

Tale principio è ribadito anche nella Convenzione europea dei diritti dei minori<sup>101</sup>, pertanto è da considerarsi un “fondamentale

---

<sup>100</sup> Sul punto R. Clariza, *inseminazione artificiale, contratto di surrogazione di maternità, interesse del minore*, in *Foto it.*, 1989, IV, 298, G. Ponzanelli, *Adozione del figlio dell'altro coniuge, frutto di maternità in sostituzione: il caso francese*, in *Foro it.*, 1991, IV, 303

<sup>101</sup> Il riferimento è alla Convenzione europea sui diritti dei minori, del Consiglio d'Europa, approvata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, che all'art. 6 (Processo Decisionale) stabilisce: “Nei procedimenti che riguardano un minore l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualsiasi decisione deve: esaminare se dispone di informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori della responsabilità genitoriale”. Inoltre “quando il diritto interno ritiene che il minore abbia capacità di discernimento sufficiente: assicurarsi - che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti, - nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, - permettere al minore di esprimere la sua opinione; tenere in debito conto l'opinione da lui espressa. Ciò in linea con quanto stabilito dall'art. 12 della Convenzione sui diritti dell'Infanzia secondo cui: “Gli stati parte garantiscono al fanciullo/a capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo/la interessa, e le opinioni del fanciullo/a saranno debitamente prese in considerazione tenuto conto dell'età e del suo grado di maturità. A tal fine si darà in particolare al fanciullo/a la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente sia tramite un rappresentante o un organismo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale”.

anello di congiunzione tra diritto astratto e realtà concreta, tra situazioni formali a volte aberranti e realizzazione dei diritti stessi”,<sup>102</sup> che permette di prendere decisioni, in un tema complesso e delicato come quello della maternità surrogata, che siano finalizzate al benessere del soggetto maggiormente condizionato da scelte altrui.

---

<sup>102</sup> I.Corti, op.cit, p. 166

## **Capitolo V**

### **Il limiti posti al riconoscimento delle situazioni giuridiche derivanti da contratti di surrogazione di maternità conclusi all'estero**

#### **5.1 L'integrazione del reato di 'alterazione di stato' da parte delle coppie committenti**

##### **5.1.1 Il reato di 'alterazione di stato' e la contrarietà all'ordine pubblico dell'atto di nascita formatosi all'estero: la sentenza 15.10.2013 del Tribunale di Milano**

Anche in quest'ambito, la giurisprudenza italiana non assume sempre posizioni concordanti: il Tribunale di Milano si è trovato ad analizzare un caso di fecondazione assistita e contestuale maternità surrogata<sup>103</sup> in cui una coppia impossibilitata a porre in essere una regolare gravidanza, si reca a Kiev in Ucraina,

---

<sup>103</sup> Trib. Milano, sez. V pen., 15 ottobre 2013



dove ricorre ad una tecnica di fecondazione assistita che prevede la formazione in vitro di un embrione costituito per metà dal patrimonio genetico dell'uomo della coppia e, per l'altra metà, da quello di una donna ovo-donatrice.

L'embrione viene così impianto nell'utero di una donna terza che si occupa di portare a termine la gravidanza e consegnare poi il bambino alla coppia 'committente'.

L'idea della coppia è quella di far credere alle autorità italiane che il bambino che porteranno in Italia sia biologicamente figlio loro, a tal scopo la donna indossa per il tempo della gestazione un cuscino addominale, in gomma piuma, simulando di essere in stato interessante e si reca a Kiev per assistere al parto.

In seguito al parto, la madre surrogata rinuncia a qualsiasi diritto sul bambino e l'ufficiale di stato civile ucraino, seguendo la legge del Paese, forma l'atto di nascita indicando come padre e madre i due genitori committenti. L'atto di nascita viene poi tradotto in italiano e appostillato, cioè munito di un'annotazione che ne attesta la validità sul piano internazionale, pertanto rendendo l'atto suscettibile di efficacia anche nell'ordinamento italiano in seguito a trascrizione.

Per fare ciò i coniugi presentano i documenti necessari all'ambasciata italiana dove il funzionario consolare,

insospettito, chiede loro come sia stato possibile per la donna affrontare il viaggio in aereo verso Kiev al nono mese di gravidanza.

A tale quesito la donna risponde che il suo stato interessante non era visibile ma i funzionari dell'ambasciata comunicano alla Questura di Roma, al Ministro degli interni, alla Procura della Repubblica di Milano e all'ufficiale di stato civile di Milano la situazione. Quest'ultimo registra comunque l'atto di nascita che identifica la donna italiana come madre del bambino, ma la Procura della Repubblica di Milano, di altra opinione, chiede ed ottiene il rinvio a giudizio della coppia con l'accusa di aver posto in essere il reato di alterazione di stato ex art. 567 co. 2 c.p.

Il Tribunale di Milano si esprime in favore degli imputati affermando che nel caso concreto, cioè nella formazione dell'atto di nascita del bambino, non si sia verificata alcuna alterazione di stato.

Il reato di alterazione di stato consiste nell'alterazione dello "stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità" ed è punito con la reclusione da cinque a quindici anni, ma nel caso in esame la Corte ritiene che "l'atto di nascita è stato formato nel rispetto della legge

del luogo ove il bambino è nato, all'esito di una procreazione medicalmente assistita conforme alla *lex loci*.<sup>104</sup> Hanno quindi agito rispettando la legge ucraina sia i genitori 'sociali' che l'ufficiale di stato civile di Kiev che, essendo a conoscenza del contratto di surrogazione, ha attribuito la maternità alla madre committente. Inoltre, secondo la legge italiana, in particolare l'articolo 15 del D.P.R. n. 396/2000 'Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile', i cittadini italiani all'estero, nelle dichiarazioni di nascita, devono fare riferimento alla *lex loci*.<sup>105</sup>

Quindi le dichiarazioni di nascita effettuate da cittadini italiani all'estero devono essere fatte all'ufficiale di stato civile straniero secondo la legge dello stato in cui si trovano, d'altra parte il limite dell'ordine pubblico stabilito dall'articolo 18 del D.P.R. n. 396/2000 si riferisce non al momento di formazione dell'atto, ma riguarda il momento della trascrizione dell'atto nell'ordinamento italiano in modo da recepirne gli effetti.

---

<sup>104</sup> Secondo la legge ucraina viene identificata come madre del neonato la donna 'committente'

<sup>105</sup> Articolo 15 D.P.R. n. 396/2000. Dichiarazioni rese all'estero.

1. Le dichiarazioni di nascita e di morte relative a cittadini italiani nati o deceduti all'estero sono rese all'autorità consolare. 2. Le dichiarazioni di cui al comma 1 devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa. In questi casi copia dell'atto è inviata senza indugio, a cura del dichiarante, all'autorità diplomatica o consolare.

Il delitto di alterazione di stato ex art. 567 co. 2 c.p, può integrarsi solo al momento della formazione dell'atto di nascita, quindi la contrarietà di questo all'ordine pubblico ne impedirebbe la trascrizione e di conseguenza il recepimento degli effetti dell'atto nell'ordinamento italiano ma non rileverebbe ai fini dell'integrazione del reato di alterazione di stato.

In conclusione, secondo il Tribunale “solo la falsità espressa al momento della prima obbligatoria dichiarazione di nascita è in grado di determinare la perdita del vero stato civile del neonato, mentre le dichiarazioni mendaci rese in epoca successiva possono eventualmente integrare il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali ex art. 495 co. 2 n. 1 c.p.”<sup>106</sup>

Questa norma punisce chiunque “dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona” prevedendo una circostanza aggravante

---

<sup>106</sup> Articolo 495 c.p. *Chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona è punito con la reclusione da uno a sei anni.*

*La reclusione non è inferiore a due anni:*

*1) se si tratta di dichiarazioni in atti dello stato civile*

*2) se la falsa dichiarazione sulla propria identità, sul proprio stato o sulle proprie qualità personali è resa all'autorità giudiziaria da un imputato o da una persona sottoposta ad indagini, ovvero se, per effetto della falsa dichiarazione, nel casellario giudiziale una decisione penale viene iscritta sotto falso nome.*

nel caso in cui le dichiarazioni siano fatte in atti dello stato civile.

Quindi, secondo la Corte, la coppia ha integrato tale reato nel dare dichiarazione diversa dalla realtà su qualità personali, nel caso di specie, sulla gravidanza, di fronte ad un pubblico ufficiale ed in un procedimento suscettibile di diventare un atto pubblico.

Secondo i giudici milanesi, “in conclusione il fatto presenta tutti gli elementi costitutivi del delitto di false dichiarazioni ad un pubblico ufficiale su qualità personali destinate ad essere recepite in atti dello stato civile, contemplato dall’articolo 495 c.p n.1.

Trattandosi, però, di un reato comune commesso all’estero, punito con la pena minima inferiore a tre anni, in ordine al quale manca la condizione di procedibilità della richiesta del Ministro della Giustizia, l’azione è improcedibile ai sensi dell’articolo 9 c.p.”<sup>107</sup>

La sentenza finisce quindi per negare, via di *obiter*, che la trascrizione dell’atto di nascita da parte dell’ufficiale di stato civile italiano, sia contrario all’ordine pubblico sia interno,

---

<sup>107</sup> T. Trinchera “Alterazione di stato e maternità surrogata all’estero: una pronuncia assolutoria del Tribunale di Milano” in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*

creando possibilità di aggiramento del divieto di maternità surrogata sancito dall'articolo 12 co. 6 della legge 40/2004<sup>108</sup>, che internazionale, dato che il ricorso alla tecnica della surrogazione di maternità è permesso in molti Paesi europei ed il diritto di concepire mediante ricorso alle tecniche di procreazione assistita rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 8 CEDU.

### **5.1.2 Un caso di perfezionamento del reato di 'alterazione di stato' ex art.567 c.p.: la sentenza 26.11.2013 del Tribunale di Brescia**

La dimostrazione della mancanza di univocità della giurisprudenza italiana è riscontrabile nella sentenza del Tribunale di Brescia del 26 novembre 2013 in un caso di fecondazione assistita di tipo eterologo e contestuale maternità surrogata, che, a poca distanza dal caso milanese precedentemente analizzato, giunge a conclusioni opposte.

Il caso riguarda una coppia che, recatasi in Ucraina ha dichiarato all'ufficiale di stato civile ucraino di essere i genitori di due

---

<sup>108</sup> L'ambito di applicazione della legge 40/2004 è confinato alle condotte svoltesi in Italia

gemelli nati a Kiev e hanno presentato richiesta di trascrizione dell'atto di nascita nel registro italiano all'ambasciata italiana, che però si insospettì per il fatto che la donna si fosse recata in aereo a Kiev in avanzato stato di gravidanza e inoltrò la notizia di reato all'autorità giudiziaria italiana.

Il tribunale accertò la non identità del patrimonio genetico dei bambini con quello dei presunti genitori deducendo il ricorso della coppia ad una tecnica di fecondazione eterologa mediante donazione di ovocita e contestuale surrogazione di maternità, data l'impossibilità fisica della donna di portare a termine una gravidanza emersa dalle prove raccolte.

Il Tribunale di Brescia ha ritenuto quindi integrato il reato di alterazione di stato ex articolo 567 comma 2 c.p.<sup>109</sup> nel momento in cui la coppia ha alterato lo stato civile dei due gemelli nati in Ucraina con false attestazioni e dichiarazioni, affermando che i bambini siano stati partoriti dalla donna.

La decisione non definitiva, in quanto impugnata dalla coppia, stabilì la pena della reclusione per anni cinque e mesi uno per entrambi gli imputati.

---

<sup>109</sup> L'art. 567 c.p. "Chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile <sup>(1)</sup> è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Si applica la reclusione da cinque a quindici anni a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità [569]"

La Corte affermò che “L'art. 567 co. 2 c.p. ha lo scopo di assicurare al neonato uno stato di famiglia corrispondente alla sua effettiva discendenza. Chi rende dichiarazioni incidenti sullo stato di famiglia di un neonato, pertanto, ha l'obbligo di rendere dichiarazioni veritiere, sussistendo l'interesse primario dell'ordinamento a che ciascuno consegua il titolo di stato che realmente gli compete sulla base dell'effettivo rapporto di procreazione.

Ciò posto, quindi, commette il reato di alterazione di stato di cui all'art. 567 co. 2 c.p. chi denuncia come proprio il figlio nato da fecondazione eterologa, perché in tal modo il neonato non consegue uno stato di famiglia conforme al reale rapporto di procreazione.

Si realizza il delitto di alterazione di stato anche quando la falsità riguarda la procreazione, come nel caso di maternità surrogata (o utero in affitto), perché il neonato risulta figlio di una donna che non lo ha realmente partorito”<sup>110</sup>. Il reato è stato integrato dal punto di vista oggettivo quando la donna nell'atto di nascita ha attribuito ai gemelli lo *status* di figli e dal punto di vista soggettivo risulta innegabile il fatto che

---

<sup>110</sup> T.Trinchera. “Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia” in Rivista Diritto Penale Contemporaneo



i due coniugi avessero ben chiaro ciò che stavano facendo, cioè rendere una falsa dichiarazione sullo *status* dei bambini per attribuire loro lo stato giuridico di figli della coppia. Inoltre il Tribunale affermò che: “nemmeno in Ucraina, stando all'art. 123 del codice di famiglia, è riconosciuta la filiazione legittima in capo ai coniugi laddove si tratti di impianto nell'utero di una donatrice di un embrione concepito mediante fecondazione di un ovulo di donatrice con il seme di un uomo coniugato con altra donna” riconoscendo la possibilità di porre in essere due differenti situazioni legittime secondo l'ordinamento ucraino, la prima per cui ad una donna infertile viene impiantato l'embrione ottenuto dalla fecondazione in vitro degli ovociti di una donatrice con il patrimonio genetico del marito della donna che non può procreare oppure la surrogazione di maternità impiantando l'embrione fecondato contenente il patrimonio genetico di una coppia infertile nell'utero di una donna terza.

Il caso in esame, però, non rientra in nessuna di queste fattispecie in quanto la coppia ha fatto ricorso sia 'all'affitto dell'utero' di una donna terza sia alla donazione di ovociti integrando una pratica di fecondazione assistita non disciplinata dall'ordinamento ucraino, pertanto, secondo il Tribunale, il

documento che attesta lo status dei bambini di figli della coppia non sarebbe valido neanche in Ucraina.

Un punto rilevante della sentenza riguarda la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale sancita dall'articolo 569 c.p nei confronti solo dell'uomo, essendo il padre biologico dei bambini, che la Corte ritenne di non poter applicare facendo riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 31 del 2012 che dichiara l'incostituzionalità dell'articolo 569 c.p nella parte in cui prevede che la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale venga applicata in modo automatico in seguito all'integrazione della fattispecie prevista dall'articolo 567 comma 2 c.p<sup>111</sup>.

Il Tribunale non applicò automaticamente la pena accessoria non rilevando nel padre biologico dei bambini alcuna inadeguatezza “ai doveri-poteri di assistenza, crescita, educazione e mantenimento della prole”<sup>112</sup>.

Queste due sentenze rappresentano bene la non univocità della giurisprudenza italiana su questo tema, infatti nei due casi in esame, tra loro molto simili (le due coppie si sono entrambe rivolte ad una struttura in Ucraina per porre in essere una

---

<sup>112</sup> T.Trinchera op.cit, p. 7

surrogazione di maternità con contestuale creazione di un embrione costituito da metà patrimonio genetico del padre ‘committente’ e metà di una ovo-donatrice), il tribunale di Milano si è espresso per la non configurabilità del reato di alterazione di stato ex articolo 567 comma 2 c.p, mentre il Tribunale di Brescia ha ritenuto che vi fosse stata l’integrazione del reato.

Ciò nonostante, analizzando le due sentenze con attenzione, emerge che le due Corti non esprimono principi tra loro così contrastanti, infatti vi è una differenza sostanziale tra i due casi che riguarda una diversa interpretazione della legge ucraina, cioè nel caso milanese la redazione dell’atto di nascita e tutto il procedimento di fecondazione assistita erano avvenuti nel rispetto della *lex loci*, mentre nel caso di Brescia il giudice ha deciso di un caso in cui la tecnica di procreazione medicalmente assistita posta in essere in concreto dalla coppia non era legale neanche nel Paese in cui è nato il bambino.

### **5.1.3 Il richiamo della giurisprudenza di Strasburgo compiuto dalla sentenza del Tribunale di Varese dell'8.10.2014**

La sentenza in esame<sup>113</sup> è stata pronunciata successivamente a quelle del Tribunale di Milano e di Brescia e risolve la questione, riguardante anche in questo caso una situazione di *locatio ventris* unita a fecondazione assistita eterologa, ponendo in essere un percorso logico diverso che tiene conto delle pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo sull'argomento.

La vicenda riguarda una coppia di coniugi che, dopo aver presentato il certificato di nascita dei loro figli gemelli nati a Kiev qualche giorno prima all'Ambasciata italiana, richiedono la trascrizione dell'atto nel registro di stato civile italiano.

La donna, sottoposta a domande data la inopportunità di un viaggio in aereo alcuni giorni prima del presunto parto, asserisce di aver voluto partorire in Ucraina perché in quel Paese è possibile conservare le cellule staminali ricavate dal cordone ombelicale del neonato.

---

<sup>113</sup> Trib.Varese, GUP, 8 ottobre 2014

Dopo che già si era proceduto alla trascrizione, l'ambasciata trasmise la notizia di un presunto ricorso a tecniche di procreazione assistita non permesse in Italia.

Il Tribunale procede con rito abbreviato, accertando che il patrimonio genetico dei bambini non discende da quello della donna mentre coincide con quello del marito.

La coppia ha quindi fatto ricorso ad una tecnica di fecondazione assistita eterologa, ma la Corte accerta anche che è stata realizzata una surrogazione di maternità, non essendo stata la donna a partorire i gemelli, dato il viaggio in aereo verso Kiev a pochi giorni dal presunto parto e l'inesistenza in Italia di esami medici che attestino la gravidanza.

Come nei casi precedentemente analizzati, l'imputazione è di alterazione di stato ex art. 567 co. 2 c.p., avendo la coppia attribuito ai neonati lo stato civile di figli di una donna che non li ha partoriti, ma la Corte dichiara l'impossibilità di configurare tale reato quando l'atto di nascita è formato regolarmente secondo le leggi dello Stato di nascita del bambino.<sup>114</sup>

La norma di riferimento è l'articolo 15 del D.P.R n. 396/2000 "Regolamento per la revisione e la semplificazione

---

<sup>114</sup> Tale principio era già stato affermato dal Trib. Milano, sez. V. Pen, 15 ottobre 2013

dell'ordinamento dello stato civile", che prevede che gli atti di nascita di cittadini italiani all'estero debbano essere redatti di fronte all'autorità locale rispettando le leggi del luogo in cui avviene la nascita.

Una copia dell'atto così formato deve essere inviata all'Ambasciata italiana o al Consolato italiano che la trasmettono a loro volta all'ufficiale di stato civile del comune di residenza che procede ad iscriverlo nei pubblici registri.

Si desume, quindi, che nel caso in esame, i coniugi avessero l'obbligo di agire nel rispetto della legge ucraina, come, a parere della Corte, è avvenuto.

Nel caso di specie la coppia ha però asserito il falso in un momento successivo, quando la donna ha simulato una gravidanza naturale, dichiarando di aver viaggiato in aereo in stato interessante, di aver partorito in Ucraina e di essere stata seguita da uno specialista durante tutta la gravidanza, con lo scopo di ottenere un'iscrizione anagrafica differente dalla realtà.

Questa condotta, integra non il diritto di alterazione di stato, ma la fattispecie di falsa attestazione o dichiarazione ad un pubblico ufficiale su qualità personali ex articolo 495 c.p., con la circostanza aggravante dell'aver commesso il fatto in atti dello stato civile (art. 495 n° 1 co. 2).

Nonostante il luogo di consumazione del reato sia l'Ucraina, dato che le false dichiarazioni sono state rese di fronte alle autorità consolari a Kiev, il giudice del Tribunale di Varese fa riferimento all'articolo 6 c.p. che prevede che sia applicata la legge italiana "ogniqualevolta l'azione o omissione sia avvenuta nel territorio dello Stato in tutto o in parte", è quindi sufficiente per la Corte il realizzarsi in Italia di una frazione della condotta "potendo questa consistere in un'attività rilevante per la maturazione di un accordo volto al perfezionamento di un fatto di reato poi commesso all'estero".

Nel caso di specie è avvenuta in Italia la ricerca di contatti in Ucraina per porre in essere la surrogazione di maternità e l'accordo di commettere reato tra i coniugi, inoltre la dichiarazione fatta all'addetto consolare, era finalizzata a non esaurirsi in quel momento, ma ad esplicitare i suoi effetti nel territorio italiano nel momento in cui giunge all'ufficiale di stato civile del comune di residenza che procede all'iscrizione nei registri di stato civile del rapporto di filiazione.

A questo punto il Tribunale riconosce che il reato si può dire commesso in Italia ex articolo 6 c.p., ma non procede con una sentenza di condanna, perché fa riferimento a due importanti pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Mennesson

c. Francia e Labassee c. Francia<sup>115</sup> che hanno riconosciuto la violazione dell'articolo 8 CEDU, cioè del diritto alla vita privata, da parte dello Stato francese che si è rifiutato di dare riconoscimento giuridico al rapporto fra il padre biologico e i bambini nati mediante surrogazione di maternità avvenuta in uno Stato straniero.

Secondo la Corte “se anche gli agenti avessero ammesso il ricorso a tecniche riproduttive consentite solo all'estero, simili informazioni non avrebbero potuto minimamente influenzare l'iter decisionale dell'ufficio di stato civile”, che avrebbe dovuto procedere con la trascrizione, dato che, “secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani, è divenuto sostanzialmente influente il metodo di concepimento della prole quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità.”

Il Tribunale di Varese su queste basi, procede quindi con l'assoluzione degli imputati per entrambi i reati perché anche il reato di ‘false dichiarazione ad un pubblico ufficiale su qualità personali destinate ad essere recepite in atti dello stato

---

<sup>115</sup> Quinta sezione Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenze del 26 giugno 2014 (ricc. 65192/11 e 65941/11)



civile',<sup>116</sup> in seguito alle sentenze Mennesson e Labassee c. Francia, non può essere considerato nel caso di specie.

La sentenza in esame è rilevante perché ci fornisce la dimensione dell'influenza che la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo esercita sulla disciplina di diritto internazionale privato che regola la trascrizione degli atti di famiglia formati all'estero nei registri di stato civile italiani e sui sistemi penali degli Stati membri.

Le dichiarazioni mendaci rese a pubblico ufficiale sono rilevanti solo se privano questo soggetto di informazioni che possono influire sulla decisione di trascrivere o meno l'atto.

Essendo contemplato dall'articolo 18 d.P.R. 396/2000, che regola la trascrizione in Italia di atti dello stato civile stranieri, un unico motivo concesso all'ufficiale di stato civile per impedire la trascrizione dell'atto, cioè la contrarietà di quest'ultimo all'ordine pubblico nazionale, per decidere quale informazione sia o meno rilevante, è necessario dare una definizione di ordine pubblico<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Articolo 495 c.p.v. n° 1 c.p.

<sup>117</sup> Per ordine pubblico si intende il complesso di principi fondamentali relativi, in una data epoca ed in un certo ordinamento, alla vita etica, politica ed economica dei consociati. La legge 218/1995 non contiene un elenco dei principi di ordine pubblico. Questa lacuna è colmata dalla giurisprudenza, quindi, essendo i principi di ordine pubblico frutto dell'evoluzione giurisprudenziale, sono principi relativi, mutevoli nel tempo e nello spazio

La legge 40/2004 vieta il ricorso a qualsiasi forma di surrogazione di maternità e sanziona chiunque la “realizzi, organizzi o pubblicizzi”, ma si riferisce a condotte poste in essere in Italia, lasciando un vuoto nel disciplinare quelle situazioni in cui dei cittadini italiani decidano di porre in essere un accordo di surrogazione di maternità all'estero.

Sembra condivisibile, quindi, la conclusione del tribunale di Varese che ha ritenuto che la trascrizione di un atto di nascita, avvenuta all'estero con la tecnica procreativa in esame, non sia contrario all'ordine pubblico nazionale.

## Conclusioni

La surrogazione di maternità costituisce un fenomeno in crescita, diversamente disciplinato nei vari Stati dell'Unione Europea, alcuni dei quali, come Italia, Spagna, Francia, la rifiutano totalmente, altri, come l'Inghilterra permettono l'accesso a tale pratica purchè in assenza di un corrispettivo economico, mentre in Stati come Norvegia e Austria il divieto di *surrogacy* vige per i casi in cui l'ovocita non appartenga alla donna che mette a disposizione il proprio utero per la gestazione.

Sul tema si è più volte espressa la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con decisioni riguardanti il rifiuto degli Stati di trascrivere i rapporti di filiazione sorti mediante ricorso alla surrogazione di maternità in altri Stati dell'Unione, sentenze come *Mennesson e Labassee* contro Francia, in cui si afferma che privare un minore del proprio status di figlio o figlia dei propri genitori, significa privarlo della propria identità come essere umano, essendo il supremo interesse del minore il valore assoluto che deve guidare le decisioni in questi ambiti.

La Corte di Strasburgo giunge a simili conclusioni anche nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia, in cui il minore nato mediante surrogazione era stato allontanato dai genitori committenti una volta giunti in Italia, affermando che tale decisione del giudice italiano costituisce un'illegittima interferenza nella vita privata e familiare della coppia e del minore.

E' proprio il principio del prevalente interesse del minore a guidare le decisioni riguardanti l'attribuzione della maternità, contesa tra la madre biologica e quella committente, negli ordinamenti di *common law* in cui i giudici si sono espressi in favore a volte dell'una, a volte dell'altra, tenendo presente quale fosse la miglior situazione per la crescita e lo sviluppo del minore.

Nell'ordinamento italiano il criterio del prevalente interesse del minore è stato recepito in parte dando vita ad una giurisprudenza discordante che, a volte fa prevalere il '*best interest of the child*' altre volte dà assoluta rilevanza alla nullità del contratto di surrogazione.

Altra problematica è costituita dall'integrazione del reato di 'alterazione di stato' nel momento in cui una coppia si rechi all'estero per porre in essere una surrogazione di maternità e poi

dichiari all'ufficiale di stato civile dello Stato di cittadinanza, che non ammette la *locatio ventris*, che il bambino sia proprio figlio, dal momento in cui così risulta secondo l'ordinamento del Paese in cui il contratto di surrogazione viene posto in essere.

Anche con riguardo a questa problematica, le più recenti decisioni dei Tribunali italiani fanno riferimento alle pronunce della Corte di Strasburgo (Mennesson e Labassee c. Francia), secondo la quale “è divenuto sostanzialmente influente il metodo di concepimento della prole quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità”.

## BIBLIOGRAFIA

- ❖ A.B.Faraoni, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*
- ❖ A.D'Aloia P.Torretta “*La procreazione come diritto della persona*”
- ❖ Casini-Di Pietro-Casini, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir.fam.*,2004.
- ❖ Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, Cedam.
- ❖ V. Baldini “*Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo.*”
- ❖ G.Rocchi . “*Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto alla salute?*”
- ❖ C.Campiglio “*Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*”, Cedam , 2003 cfr.De Blois, *The Fundamental Freedom of the European Court of Human Right*, in LAWSON ,DE BLOIS, *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of H.G.Schermers*, vol. III, Dordrecht/Boston/London,1994.

- ❖ Ganshof Van Der Meersch, “*Le caractère autonome des termes et la marge d’appréciation des gouvernements dans l’interprétation de la Convention européenne des Droits de l’Homme*”, in Matscher, Petzold, *Protecting Human Rights*.
- ❖ P.Barcellona, *Famiglia (dir.civ)*, in *Enc.Dir.*, XVI, Milano 1967.
- ❖ I.Corti, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, 2000
- ❖ L.Pannella, *Diritti umani e procreazione artificiale*, Milano 1990
- ❖ Re Buzzanca, *Superior Court California, Family Law Division*
- ❖ IV Conferenza mondiale sulle donne tenutasi a Pechino, cit., 52 s. Programma d’azione 94-96.
- ❖ M.A Field *Surrogate Motherhood. The Legal and Human Issue*, Cambridge-London, 1988.
- ❖ Warnock Report
- ❖ A.Caporale, A. Massarenti, A.M. Petroni, S. Rodotà, Così aumentano le “chances” della vita, pubblicato su Il Sole 24 Ore 1 marzo 1998 e in *Bioetica* 1998 .
- ❖ P.Zatti, *Artificio e “natura” della procreazione*
- ❖ M. Freeman, *Is surrogacy exploitative ?*
- ❖ .T Angelhardt Jr., *Manuale di bioetica*, Milano, 1999
- ❖ P.Zatti *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000
- ❖ New South Wales *Law Reform Commission*
- ❖ M. Faccioli, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto*, 2007

- ❖ G.Batia “Il contratto di maternità surrogata. Riflessioni sul primo caso italiano e considerazioni sullo stato legislativo italiano.”
- ❖ Note, “*Litigation, Legislation and Limelight: obstacles to Commercial Surrogate mother Arrangements*”
- ❖ M. Dogliotti, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in Rass. Dir. Civ. 2, 1990
- ❖ M.C. Cherubini, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in AA.VV, *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli e U.Breccia
- ❖ C. D’Arrigo, *Autonomia privata e integrità fisica*
- ❖ M. Dogliotti, *Inseminazione artificiale e rapporto di filiazione*, in *Giur. Ital.*, 1992
- ❖ G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*
- ❖ R. Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto “attivo” ed in quello “passivo”*,
- ❖ V. Rizzo, *Atti di “disposizione” del corpo e tecniche legislative*, in Rass. Dir. Civ., 1989
- ❖ M. Sesta, *Commento a Trib. Roma, 17 febbraio 2000*, in *Corriere giuridico*, 2000
- ❖ Ministero della Sanità Svedese, *Relazione “Maternità surrogata”*, 1988
- ❖ D.Morgan, *La condizione di genitore e la regolamentazione della riproduzione* in C.M, *Una norma giuridica per la bioetica*
- ❖ M. Outlowsky, *Re Evelyn-Reflection on Australian’s First Litigated Surrogacy Case*, e A. Stuhmcke, *Re Evelyn*, in *Australian Journal of Family Law*, 1998



- ❖ N. Ciccarelli. *Commento alla sentenza del Tribunale di Monza*, rivista spia al diritto
- ❖ N. Ciccarelli. *Commento alla sentenza 14 febbraio 2000 del Tribunale di Roma*, Rivista spia al diritto
- ❖ G. Cassano, *Possibili fremiti di novità in tema di maternità surrogata*
- ❖ R. Clariza, *inseminazione artificiale, contratto di surrogazione di maternità, interesse del minore*, in *Foto it.*, 1989, IV, 298, G. Ponzanelli, *Adozione del figlio dell'altro coniuge, frutto di maternità in sostituzione: il caso francese*, in *Foro it.*, 1991
- ❖ T. Trinchera “*Alterazione di stato e maternità surrogata all'estero: una pronuncia assolutoria del Tribunale di Milano*” in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*
- ❖ T. Trinchera. “*Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*” in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*